ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS600/R

5 mars 2024

(24-2033)

Page: 1/399

Original: anglais

# UNION EUROPÉENNE ET CERTAINS ÉTATS MEMBRES – CERTAINES MESURES VISANT L'HUILE DE PALME ET LES BIOCARBURANTS DÉRIVÉS DU PALMIER À HUILE

RAPPORT DU GROUPE SPÉCIAL

## TABLE DES MATIÈRES

**1 INTRODUCTION ..... 27**
1.1 Plainte de la Malaisie ..... 27
1.2 Établissement et composition du Groupe spécial ..... 27
1.3 Travaux du Groupe spécial ..... 28
1.3.1 Généralités ..... 28
1.3.2 Forme de la réunion de fond du Groupe spécial avec les parties ..... 28
1.3.3 Procédure de groupe spécial distincte en cours dans le différend DS593 ..... 28
1.3.4 Tenue d'une seule réunion de fond ..... 30
1.3.5 Mémoire d'*amicus curiae* non sollicité ..... 31
**2 ASPECTS FACTUELS ..... 32**
2.1 Contexte réglementaire général à l'échelle de l'UE ..... 33
2.2 Contexte des mesures spécifiques en cause ..... 33
2.2.1 Directive 2003/30/CE, Directive RED I et amendements pertinents concernant les changements indirects dans l'affectation des sols (CIAS) ..... 33
2.2.2 Directive RED II ..... 37
2.2.2.1 Prescriptions générales ..... 37
2.2.2.2 Prescriptions relatives à l'utilisation de l'énergie renouvelable dans le secteur des transports ..... 38
2.2.2.3 Prescriptions applicables aux biocarburants, aux bioliquides et aux combustibles issus de la biomasse ..... 39
2.3 Mesures spécifiques de l'UE en cause ..... 42
2.3.1 Part maximale de 7% de biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale ..... 42
2.3.2 Le "plafond pour risque élevé de CIAS" et l'"élimination progressive pour risque élevé de CIAS" ..... 43
2.3.3 Certification relative au faible risque de CIAS ..... 47
2.4 Résumé des principales règles pertinentes de la Directive RED II ..... 49
2.5 Mesure TIRIB de la France ..... 50
2.6 Mesures de la Lituanie ..... 53
2.7 Production de biocarburants conventionnels et changement dans l'affectation des sols ..... 54
2.7.1 Changement dans l'affectation des sols (CAS) ..... 54
2.7.2 Changement direct dans l'affectation des sols (CDAS) ..... 54
2.7.3 Changement direct dans l'affectation des sols (CDAS) ..... 54
**3 CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES ..... 55**
**4 ARGUMENTS DES PARTIES ..... 58**
**5 ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES ..... 58**
**6 RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE ..... 58**
6.1 Introduction ..... 58
6.2 Considérations générales ..... 58
6.3 Allégations concernant les mesures de l'UE ..... 60

6.3.1 Considérations préliminaires ..... 60
6.3.2 Article 2.2 – Nécessaire pour réaliser un objectif légitime ..... 60
6.3.3 Article 2.1 – Non-discrimination ..... 74
6.3.4 Article 12.3 – Tenir compte des besoins spéciaux ..... 79
6.3.5 Article XX – Exceptions générales ..... 80
6.4 Allégations concernant la mesure française ..... 82
6.5 Opinion séparée d'un membre du Groupe spécial ..... 83
**7 CONSTATATIONS ..... 85**
7.1 Allégations concernant les mesures de l'UE: part maximale de 7%, plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et certification relative au faible risque de CIAS ..... 85
7.1.1 Considérations préliminaires ..... 85
7.1.1.1 Considérations préliminaires concernant la définition des mesures de l'UE en cause ..... 85
7.1.1.1.1 Mesures en cause en tant que mesures individuelles distinctes du régime plus large applicable aux biocarburants ..... 86
7.1.1.1.2 Relation entre les mesures et terminologie connexe ..... 89
7.1.1.1.2.1 Part maximale de 7% ..... 89
7.1.1.1.2.2 Plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ..... 90
Une mesure unique ou deux mesures distinctes ..... 90
Relation avec la certification relative au faible risque de CIAS ..... 91
7.1.1.1.2.3 Certification relative au faible risque de CIAS ..... 94
7.1.1.1.3 Questions relatives au champ temporel découlant de la mise en œuvre en cours de la Directive RED II et du Règlement délégué ..... 95
7.1.1.2 Ordre d'analyse ..... 100
7.1.1.2.1 Entre l'Accord OTC et le GATT de 1994 ..... 100
7.1.1.2.2 Allégations au titre de l'Accord OTC ..... 101
7.1.1.2.3 Allégations au titre du GATT de 1994 ..... 102
7.1.2 Allégations au titre de l'article 2 de l'Accord OTC ..... 103
7.1.2.1 Annexe 1.1 – Existence d'un "règlement technique" ..... 103
7.1.2.1.1 Introduction ..... 103
7.1.2.1.2 Critère juridique ..... 104
7.1.2.1.3 "[G]roupe de produits identifiable" ..... 105
7.1.2.1.4 "[É]nonce les caractéristiques d'un produit" ..... 107
7.1.2.1.5 "[D]ont le respect est obligatoire" ..... 113
7.1.2.1.6 Conclusion concernant l'Annexe 1.1 ..... 118
7.1.2.2 Article 2.4 – Normes internationales pertinentes ..... 118
7.1.2.2.1 Introduction ..... 118
7.1.2.2.2 Critère juridique ..... 118
7.1.2.2.3 Description de la teneur générale des quatre normes ISO ..... 119
7.1.2.2.4 Comment les quatre normes ISO se rapportent à la question des CIAS ..... 122
7.1.2.2.5 Prescriptions de l'article 2.4 ..... 126

7.1.2.2.6 Conclusion concernant l'article 2.4 ..... 128
7.1.2.3 Article 2.2 – Nécessaire pour réaliser un objectif légitime ..... 128
7.1.2.3.1 Introduction ..... 128
7.1.2.3.2 Critère juridique ..... 130
7.1.2.3.3 Identification de l'objectif poursuivi ..... 131
7.1.2.3.3.1 Raison d'être déclarée de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ..... 134
7.1.2.3.3.2 Objectifs plus vastes du régime de l'UE applicable aux biocarburants ..... 136
7.1.2.3.3.3 Préoccupations relatives à la biodiversité et à la moralité publique liées aux CIAS ..... 139
7.1.2.3.3.4 Allégation de protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement ..... 140
7.1.2.3.3.5 Conclusion concernant l'identification de l'objectif ..... 146
7.1.2.3.4 Légitimité de l'objectif ..... 146
7.1.2.3.4.1 Relation avec les objectifs légitimes spécifiés à l'article 2.2, dans le préambule de l'Accord OTC et à l'article XX ..... 147
7.1.2.3.4.2 Statut des CIAS dans le cadre des normes internationales actuelles ..... 150
7.1.2.3.4.3 Existence d'un risque d'émissions de GES liées aux CIAS présenté par la production de biocarburants dérivés de cultures ..... 151
7.1.2.3.4.4 Activités agricoles et CIAS et émissions de GES liées aux CIAS associés en question se produisant hors du territoire de l'Union européenne ..... 155
7.1.2.3.4.5 Conclusion concernant la légitimité de l'objectif ..... 157
7.1.2.3.5 Caractère restrictif pour le commerce, risques que la non-réalisation entraînerait et contribution à l'objectif ..... 157
7.1.2.3.5.1 Caractère restrictif pour le commerce ..... 157
7.1.2.3.5.2 Risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait ..... 160
7.1.2.3.5.3 Contribution à l'objectif ..... 162
7.1.2.3.5.4 Soupesage et mise en balance des trois facteurs ..... 165
7.1.2.3.6 Mesures de rechange ..... 166
7.1.2.3.6.1 Objectif de l'identification de mesures de rechange ..... 167
7.1.2.3.6.2 Évaluation des mesures de rechange proposées par la Malaisie ..... 168
Première mesure de rechange proposée: un système de vérification de la légalité, tel que le Plan de l'UE pour l'application des réglementations forestières, la gouvernance et les échanges commerciaux (FLEGT) ..... 168
Deuxième mesure de rechange proposée: une certification par les autorités publiques, telle que le certificat de capture dans le cadre du programme de l'UE relatif à la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (pêche INN) ..... 170
Troisième mesure de rechange proposée: une certification par des organisations non gouvernementales existantes, telle que dans le cadre de la Certification internationale de durabilité et de carbone (ISCC), et de la Table ronde pour l'huile de palme durable (RSPO) et la RSPO-RED ..... 171
Quatrième mesure de rechange proposée: des contingents en matière d'accès aux marchés ..... 172
Cinquième mesure de rechange proposée: un système de certification et des prescriptions en matière de durabilité inspirés de ceux qui ont été adoptés dans le cadre du CEPA ..... 173

Sixième mesure de rechange proposée: l'approche appliquée par l'UE dans son initiative "zéro déforestation" ..... 174
7.1.2.3.6.3 Conclusion concernant les mesures de rechange proposées ..... 175
7.1.2.3.7 Conclusion concernant l'article 2.2 ..... 175
7.1.2.4 Article 2.1 – Non-discrimination ..... 175
7.1.2.4.1 Introduction ..... 175
7.1.2.4.2 Critère juridique ..... 176
7.1.2.4.3 Produits similaires ..... 177
7.1.2.4.3.1 Considérations préliminaires ..... 177
Caractéristiques des biocarburants ..... 177
Identification de l'ensemble des produits similaires ..... 178
7.1.2.4.3.2 Analyse de la similarité ..... 180
Propriétés physiques ..... 182
Utilisations finales ..... 183
Perceptions des consommateurs ..... 187
Classification tarifaire ..... 188
Conclusion concernant la similarité de l'EMC, l'EMS et l'EMP ..... 189
Argument additionnel de la Malaisie concernant l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja ..... 189
7.1.2.4.4 Incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme ..... 191
7.1.2.4.4.1 Modification des conditions de concurrence sur le marché des biocarburants ..... 192
7.1.2.4.4.2 Nature *de facto* de l'incidence préjudiciable ..... 196
7.1.2.4.4.3 Imputabilité de l'incidence préjudiciable à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ..... 197
7.1.2.4.4.4 Conclusion concernant l'incidence préjudiciable ..... 198
7.1.2.4.5 Distinction réglementaire légitime ..... 198
7.1.2.4.5.1 La distinction réglementaire en cause ..... 201
7.1.2.4.5.2 Légitimité de la distinction réglementaire ..... 203
Part du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone en tant qu'indicateur supplétif du risque de CIAS ..... 204
Relation entre la part de l'expansion d'une culture sur des terres présentant un important stock de carbone et la demande de biocarburants de l'UE ..... 207
Distinction entre différentes matières premières pour biocarburants sur la base de leur niveau de risque de CIAS ..... 209
Le motif protectionniste allégué de la mesure ..... 210
Conclusion sur la légitimité a priori de la distinction réglementaire fondée sur un risque élevé de CIAS ..... 210
7.1.2.4.5.3 Application de la distinction réglementaire en cause ..... 211
Part relative du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone ..... 212
Recours aux données antérieures ..... 213
Calcul de la part du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone ..... 218

Seuil de la part de l'expansion importante ..... 220
Critères relatifs au faible risque de CIAS ..... 222
Conclusion concernant l'application de la distinction réglementaire en cause ..... 232
7.1.2.4.6 Conclusion concernant l'article 2.1 ..... 232
7.1.2.5 Article 2.5 (première phrase) – Explication de la justification du règlement technique ..... 232
7.1.2.5.1 Introduction ..... 232
7.1.2.5.2 Critère juridique ..... 233
7.1.2.5.3 Élément "pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres" ..... 234
7.1.2.5.4 Élément "si un autre Membre lui en fait la demande" ..... 237
7.1.2.5.5 Élément "[expliquer] … [la justification de] ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2 ..... 238
7.1.2.5.6 Conclusion concernant l'article 2.5 ..... 241
7.1.2.6 Article 2.8 – Prescriptions définies en fonction des propriétés d'emploi ..... 241
7.1.2.6.1 Introduction ..... 241
7.1.2.6.2 Critère juridique ..... 242
7.1.2.6.3 Évaluation du Groupe spécial ..... 242
7.1.2.6.4 Conclusion concernant l'article 2.8 ..... 245
7.1.2.7 Article 2.9.2 et 2.9.4 – Règlements techniques projetés ..... 245
7.1.2.7.1 Introduction ..... 245
7.1.2.7.2 Critère juridique ..... 245
7.1.2.7.3 Texte introductif de l'article 2.9 ..... 246
7.1.2.7.4 Article 2.9.2 – Notification des règlements techniques projetés ..... 247
7.1.2.7.5 Article 2.9.4 – processus de présentation d'observations concernant les règlements techniques projetés ..... 248
7.1.2.7.6 Conclusion concernant l'article 2.9.2 et 2.9.4 ..... 249
7.1.3 Allégations au titre de l'article 5 de l'Accord OTC ..... 250
7.1.3.1 Annexe 1.3 – Existence d'une "procédure d'évaluation de la conformité" ..... 250
7.1.3.1.1 Introduction ..... 250
7.1.3.1.2 Critère juridique ..... 250
7.1.3.1.3 "toute procédure" ..... 251
7.1.3.1.4 "utilisée, directement ou indirectement, pour déterminer que les prescriptions pertinentes des règlements techniques … sont respectées" ..... 256
7.1.3.1.5 Autres prescriptions relatives à l'applicabilité de l'article 5 ..... 260
7.1.3.1.6 Conclusion concernant l'Annexe 1.3 ..... 261
7.1.3.2 Article 5.1.1 – Non-discrimination ..... 261
7.1.3.2.1 Introduction ..... 261
7.1.3.2.2 Critère juridique ..... 262
7.1.3.2.3 Évaluation du Groupe spécial ..... 263
7.1.3.2.4 Conclusion concernant l'article 5.1.1 ..... 266
7.1.3.3 Article 5.1.2 – Obstacles non nécessaires au commerce international ..... 266

7.1.3.3.1 Introduction ..... 266
7.1.3.3.2 Critère juridique ..... 267
7.1.3.3.3 Élaboration, adoption ou application d'une procédure d'évaluation de la conformité ..... 267
7.1.3.3.4 Obstacle non nécessaire au commerce international ..... 269
7.1.3.3.5 Caractère strict ou application stricte de la certification relative au faible risque de CIAS ..... 272
7.1.3.3.6 Conclusion concernant l'article 5.1.2 ..... 273
7.1.3.4 Article 5.2.1 – Aussi vite que possible ..... 273
7.1.3.4.1 Introduction ..... 273
7.1.3.4.2 Critère juridique ..... 273
7.1.3.4.3 Évaluation du Groupe spécial ..... 274
7.1.3.4.4 Conclusion concernant l'article 5.2.1 ..... 276
7.1.3.5 Article 5.6.1, 5.6.2 et 5.6.4 – Procédures projetées d'évaluation de la conformité ..... 276
7.1.3.5.1 Introduction ..... 276
7.1.3.5.2 Critère juridique ..... 276
7.1.3.5.3 Texte introductif de l'article 5.6 ..... 277
7.1.3.5.4 Article 5.6.1 – notification d'une intention de réglementer ..... 279
7.1.3.5.5 Article 5.6.2 – notification au Secrétariat de l'OMC ..... 279
7.1.3.5.6 Article 5.6.4 – processus de présentation d'observations ..... 280
7.1.3.5.7 Conclusion concernant l'article 5.6.1, 5.6.2 et 5.6.4 ..... 281
7.1.3.6 Annexe 5.8 – Publication des procédures d'évaluation de la conformité adoptées ..... 281
7.1.3.6.1 Introduction ..... 281
7.1.3.6.2 Critère juridique ..... 282
7.1.3.6.3 Évaluation du Groupe spécial ..... 282
7.1.3.6.4 Conclusion concernant l'article 5.8 ..... 284
7.1.4 Allégations au titre de l'article 12 de l'Accord OTC ..... 284
7.1.4.1 Introduction ..... 284
7.1.4.2 Article 12.3 – Tenir compte des besoins spéciaux ..... 285
7.1.4.2.1 Introduction ..... 285
7.1.4.2.2 Critère juridique ..... 285
7.1.4.2.3 "[P]ays en développement Membres" ..... 286
7.1.4.2.4 "[B]esoins spéciaux du développement, des finances et du commerce" ..... 287
7.1.4.2.5 "[T]enir compte de" ..... 289
7.1.4.3 Article 12.1 – Obligation générale ..... 296
7.1.4.4 Conclusion concernant l'article 12 ..... 297
7.1.5 Allégations au titre du GATT de 1994 ..... 297
7.1.5.1 Article XI:1 – Restrictions à l'importation ..... 297
7.1.5.1.1 Introduction ..... 297
7.1.5.1.2 Critère juridique ..... 298

7.1.5.1.3 Évaluation du Groupe spécial ..... 298
7.1.5.1.4 Conclusion concernant l'article XI:1 ..... 302
7.1.5.2 Article III:4 – Traitement national ..... 302
7.1.5.2.1 Introduction ..... 302
7.1.5.2.2 Critère juridique ..... 303
7.1.5.2.3 Biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja ..... 303
7.1.5.2.3.1 Produits similaires ..... 303
7.1.5.2.3.2 Champ d'application de l'article III:4 ..... 304
7.1.5.2.3.3 Traitement non moins favorable ..... 306
7.1.5.2.4 Matières premières pour biocarburants ..... 307
7.1.5.2.5 Conclusion concernant l'article III:4 ..... 308
7.1.5.3 Article I:1 – Traitement de la nation la plus favorisée ..... 308
7.1.5.3.1 Introduction ..... 308
7.1.5.3.2 Critère juridique ..... 309
7.1.5.3.3 Champ de l'article I:1 ..... 310
7.1.5.3.4 Biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja ..... 311
7.1.5.3.4.1 Produits similaires ..... 311
7.1.5.3.4.2 Avantages, faveurs, privilèges ou immunités ..... 311
7.1.5.3.4.3 Immédiatement et sans condition, étendu ..... 313
7.1.5.3.5 Matières premières pour biocarburants ..... 314
7.1.5.3.6 Conclusion concernant l'article I:1 ..... 314
7.1.5.4 Article X:3 a) – Application raisonnable et impartiale ..... 314
7.1.5.4.1 Introduction ..... 314
7.1.5.4.2 Critère juridique ..... 315
7.1.5.4.3 Appliquer un instrument juridique du type visé à l'article X:1 ou lui donner effet ..... 315
7.1.5.4.4 Manière d'appliquer ..... 317
7.1.5.4.5 Conclusion concernant l'article X:3 a) ..... 319
7.1.5.5 Article XX – Exceptions générales ..... 319
7.1.5.5.1 Introduction ..... 319
7.1.5.5.2 Critère juridique ..... 320
7.1.5.5.3 Article XX g) – se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables ..... 320
7.1.5.5.4 Article XX b) – nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ..... 322
7.1.5.5.5 Article XX a) – nécessaires à la protection de la moralité publique ..... 324
7.1.5.5.6 Texte introductif – discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent ..... 324
7.1.5.5.7 Conclusion concernant l'article XX ..... 325
7.2 Allégations concernant la mesure française ..... 326

7.2.1 Considérations préliminaires ....326
7.2.1.1 Considérations préliminaires concernant la définition de la mesure TIRIB de la France ....326
7.2.1.2 Ordre d'analyse au titre de l'Accord SMC et du GATT de 1994 ....327
7.2.2 Allégations au titre du GATT de 1994 ....328
7.2.2.1 Première phrase de l'article III:2 ....328
7.2.2.1.1 Introduction ....328
7.2.2.1.2 Critère juridique ....328
7.2.2.1.3 Taxes intérieures qui frappent, directement ou indirectement, les produits ....329
7.2.2.1.4 Produits similaires ....330
7.2.2.1.4.1 Propriétés physiques ....332
7.2.2.1.4.2 Utilisations finales ....332
7.2.2.1.4.3 Perceptions des consommateurs ....334
7.2.2.1.4.4 Classification tarifaire ....335
7.2.2.1.4.5 Conclusion concernant les produits similaires ....335
7.2.2.1.4.6 Argument additionnel de la Malaisie concernant l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja ....335
7.2.2.1.5 Taxation supérieure ....336
7.2.2.1.6 Conclusion concernant la première phrase de l'article III:2 ....339
7.2.2.2 Deuxième phrase de l'article III:2 ....340
7.2.2.2.1 Introduction ....340
7.2.2.2.2 Critère juridique ....341
7.2.2.2.3 Produits directement concurrents ou directement substituables ....342
7.2.2.2.4 Taxation dissemblable ....343
7.2.2.2.5 De manière à protéger la production nationale ....346
7.2.2.2.6 Conclusion concernant la deuxième phrase de l'article III:2 ....348
7.2.2.3 Article I:1 ....349
7.2.2.3.1 Introduction ....349
7.2.2.3.2 Critère juridique ....349
7.2.2.3.3 Champ d'application de l'article I:1 ....350
7.2.2.3.4 Produits similaires ....351
7.2.2.3.5 Avantage accordé à un produit originaire du territoire de tout autre pays ....352
7.2.2.3.6 Qui n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu aux produits similaires originaires du territoire de tous les Membres ....353
7.2.2.3.7 Conclusion concernant l'article I:1 ....355
7.2.2.4 Article XX – Exceptions générales ....355
7.2.2.4.1 Introduction ....355
7.2.2.4.2 Critère juridique ....356
7.2.2.4.3 Évaluation du Groupe spécial ....356
7.2.2.4.3.1 Article XX b) – nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ....356

7.2.2.4.3.2 Article XX g) – se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables ..... 359
7.2.2.4.3.3 Article XX a) – nécessaires à la protection de la moralité publique ..... 360
7.2.2.4.3.4 Texte introductif – discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent ..... 361
7.2.2.4.4 Conclusion concernant l'article XX ..... 362
7.2.3 Allégations au titre de l'Accord SMC ..... 362
7.2.3.1 Article premier – Existence d'une subvention ..... 362
7.2.3.1.1 Introduction ..... 362
7.2.3.1.2 Critère juridique ..... 363
7.2.3.1.3 Contribution financière ..... 364
7.2.3.1.3.1 Traitement fiscal applicable aux bénéficiaires allégués de la subvention ..... 365
7.2.3.1.3.2 Évaluation préliminaire de points de référence normatifs possibles ..... 366
Taxe générale sur les activités polluantes ..... 366
Traitement fiscal associé à la mise à la consommation de carburant satisfaisant pleinement les objectifs d'incorporation ..... 367
Traitement fiscal associé à la mise à la consommation de carburant qui ne satisfait aucune partie des objectifs d'incorporation ..... 368
Taxe payable selon la formule relative à la TIRIB ..... 368
7.2.3.1.3.3 Évaluation finale du point de référence normatif approprié ..... 369
7.2.3.1.3.4 Conclusion concernant la contribution financière ..... 372
7.2.3.1.4 Soutien des revenus ..... 372
7.2.3.1.5 Avantage ..... 374
7.2.3.1.6 Conclusion concernant l'existence d'une contribution financière ..... 374
7.2.3.2 Évaluation complémentaire supposant pour les besoins de l'argumentation l'existence d'une contribution financière ..... 374
7.2.3.2.1 Avantage ..... 375
7.2.3.2.2 Article 2 – Spécificité ..... 376
7.2.3.2.2.1 Introduction ..... 376
7.2.3.2.2.2 Critère juridique ..... 376
7.2.3.2.2.3 Évaluation du Groupe spécial ..... 377
7.2.3.2.2.4 Conclusion concernant l'article 2 ..... 380
7.2.3.2.3 Articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c) – Effets défavorables et préjudice grave ..... 380
7.2.3.2.3.1 Introduction ..... 380
7.2.3.2.3.2 Critère juridique ..... 381
7.2.3.2.3.3 Approche générale de l'évaluation des effets défavorables et du préjudice grave ..... 381
7.2.3.2.3.4 Analyse contrefactuelle appropriée ..... 383
7.2.3.2.3.5 Conclusion concernant les effets défavorables et le préjudice grave ..... 386
7.2.3.3 Conclusion générale concernant les allégations au titre de l'Accord SMC ..... 386
7.3 Allégations concernant les mesures lituaniennes ..... 386
7.3.1 Introduction ..... 386

7.3.2 Demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie ..... 386
7.3.3 Communications de la Malaisie ..... 387
7.3.4 Évaluation du Groupe spécial ..... 387
7.3.5 Conclusion concernant le(s) mesure(s) lituanienne(s) ..... 390
7.4 Opinion séparée d'un membre du Groupe spécial ..... 390
**8 CONCLUSIONS ET RECOMMANDATION ..... 395**

## LISTE DES ANNEXES

### ANNEXE A

PROCÉDURES DE TRAVAIL DU GROUPE SPÉCIAL


| Table des matières | | Page |
|---|---|---|
| Annexe A-1 | Procédures de travail du Groupe spécial | 4 |


### ANNEXE B

ARGUMENTS DES PARTIES


| Table des matières | | Page |
|---|---|---|
| Annexe B-1 | Résumé analytique intégré des arguments de la Malaisie | 13 |
| Annexe B-2 | Résumé analytique intégré des arguments de l'Union européenne | 46 |


### ANNEXE C

ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES


| Table des matières | | Page |
|---|---|---|
| Annexe C-1 | Résumé analytique intégré des arguments de l'Australie | 70 |
| Annexe C-2 | Résumé analytique intégré des arguments du Brésil | 73 |
| Annexe C-3 | Résumé analytique intégré des arguments du Canada | 77 |
| Annexe C-4 | Résumé analytique intégré des arguments de la Colombie | 82 |
| Annexe C-5 | Résumé analytique intégré des arguments du Costa Rica | 88 |
| Annexe C-6 | Résumé analytique intégré des arguments de l'Équateur | 92 |
| Annexe C-7 | Résumé analytique intégré des arguments de l'Indonésie | 97 |
| Annexe C-8 | Résumé analytique intégré des arguments du Japon | 103 |
| Annexe C-9 | Résumé analytique intégré des arguments de la République de Corée | 109 |
| Annexe C-10 | Résumé analytique intégré des arguments de la Fédération de Russie | 112 |
| Annexe C-11 | Résumé analytique intégré des arguments de l'Ukraine | 115 |
| Annexe C-12 | Résumé analytique intégré des arguments du Royaume-Uni | 121 |
| Annexe C-13 | Résumé analytique intégré des arguments des États-Unis | 125 |

## TABLEAU D'AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

| Titre abrégé | Titre complet de l'affaire et référence |
|---|---|
| *Argentine – Chaussures (CE)* | Rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, WT/DS121/R, adopté le 12 janvier 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS121/AB/R |
| *Argentine – Mesures à l'importation* | Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures affectant les importations de marchandises*, WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R, adoptés le 26 janvier 2015 |
| *Argentine – Mesures à l'importation* | Rapports du Groupe spécial *Argentine – Mesures affectant les importations de marchandises*, WT/DS438/R et Add.1 / WT/DS444/R et Add.1 / WT/DS445/R et Add.1, adoptés le 26 janvier 2015, modifié (WT/DS438/R) et confirmés (WT/DS444/R / WT/DS445/R) par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS438/AB/R / WT/DS444/AB/R / WT/DS445/AB/R |
| *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 |
| *Argentine – Services financiers* | Rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures concernant le commerce des marchandises et des services*, WT/DS453/R et Add.1, adopté le 9 mai 2016, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS453/AB/R |
| *Australie – Emballage neutre du tabac* | Rapports de l'Organe d'appel *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage*, WT/DS435/AB/R et Add.1 *(Honduras)* / WT/DS441/AB/R et Add.1 *(République dominicaine)*, adoptés le 29 juin 2020 |
| *Australie – Emballage neutre du tabac* | Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage*, WT/DS435/R, Add.1 et Suppl.1 *(Honduras)* / WT/DS441/R, Add.1 et Suppl.1 *(République dominicaine)* / WT/DS458/R, Add.1 et Suppl.1 *(Cuba)* / WT/DS467/R, Add.1 et Suppl.1 *(Indonésie)*, WT/DS458/R et WT/DS467/R adoptés le 27 août 2018, et WT/DS435/R et WT/DS441/R adoptés le 29 juin 2020, confirmés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS435/AB/R / WT/DS441/AB/R |
| *Australie – Emballage neutre du tabac (Honduras)* | Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Certaines mesures concernant les marques de fabrique ou de commerce, les indications géographiques et autres prescriptions en matière d'emballage neutre applicables aux produits du tabac et à leur emballage*, WT/DS435/AB/R et Add.1, adopté le 29 juin 2020 |
| *Australie – Pommes* | Rapport du Groupe spécial *Australie – Mesures affectant l'importation de pommes en provenance de Nouvelle-Zélande*, WT/DS367/R, adopté le 17 décembre 2010, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS367/AB/R |
| *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 |
| *Brésil – Taxation* | Rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les impositions*, WT/DS472/AB/R et Add.1 / WT/DS497/AB/R et Add.1, adoptés le 11 janvier 2019 |
| *Brésil – Taxation* | Rapports du Groupe spécial *Brésil – Certaines mesures concernant la taxation et les impositions*, WT/DS472/R, Add.1 et Corr.1 / WT/DS497/R, Add.1 et Corr.1, adoptés le 11 janvier 2019, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS472/AB/R / WT/DS497/AB/R |
| *Canada – Aéronefs* | Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/AB/R, adopté le 20 août 1999 |
| *Canada – Aéronefs* | Rapport du Groupe spécial *Canada – Mesures visant l'exportation des aéronefs civils*, WT/DS70/R, adopté le 20 août 1999, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS70/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 |

| Titre abrégé | Titre complet de l'affaire et référence |
|---|---|
| *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 – Périodiques* | Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, WT/DS31/AB/R, adopté le 30 juillet 1997 |
| *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* | Rapports du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, WT/DS291/R, Add.1 à Add.9 et Corr.1 / WT/DS292/R, Add.1 à Add.9 et Corr.1 / WT/DS293/R, Add.1 à Add.9 et Corr.1, adoptés le 21 novembre 2006 |
| *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* | 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 – Certaines questions douanières* | Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/AB/R, adopté le 11 décembre 2006 |
| *CE – Certaines questions douanières* | Rapport du Groupe spécial *Communautés européennes – Certaines questions douanières*, WT/DS315/R, adopté le 11 décembre 2006, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS315/AB/R |
| *CE – Hormones* | Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998 |
| *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 – 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 |
| *CE – Produits dérivés du phoque* | Rapports de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R, adoptés le 18 juin 2014 |
| *CE – Produits dérivés du phoque* | Rapports du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures prohibant l'importation et la commercialisation de produits dérivés du phoque*, WT/DS400/R et Add.1 / WT/DS401/R et Add.1, adoptés le 18 juin 2014, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS400/AB/R / WT/DS401/AB/R |
| *CE – Produits des technologies de l'information* | Rapports 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, adoptés 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 – Volailles* | Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, WT/DS69/AB/R, adopté le 23 juillet 1998 |
| *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 |

| Titre abrégé | Titre complet de l'affaire et référence |
|---|---|
| *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 |
| *Chili – Système de fourchettes de prix* | Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002 |
| *Chine – AMGO* | Rapport du Groupe spécial *Chine – Droits compensateurs et droits antidumping visant les aciers dits magnétiques laminés, à grains orientés, en provenance des États-Unis*, WT/DS414/R et Add.1, adopté le 16 novembre 2012, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS414/AB/R |
| *Chine – Appareils à rayons X* | Rapport du Groupe spécial *Chine – Droits antidumping définitifs visant les appareils à rayons X utilisés pour les inspections de sécurité en provenance de l'Union européenne*, WT/DS425/R et Add.1, adopté le 24 avril 2013 |
| *Chine – Matières premières* | Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R, adoptés le 22 février 2012 |
| *Chine – Matières premières* | Rapports du Groupe spécial *Chine – Mesures relatives à l'exportation de diverses matières premières*, WT/DS394/R, Add.1 et Corr.1 / WT/DS395/R, Add.1 et Corr.1 / WT/DS398/R, Add.1 et Corr.1, adoptés le 22 février 2012, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS394/AB/R / WT/DS395/AB/R / WT/DS398/AB/R |
| *Chine – Pièces automobiles* | Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles*, WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/AB/R, adoptés le 12 janvier 2009 |
| *Chine – Pièces automobiles* | Rapports du Groupe spécial *Chine – Mesures affectant les importations de pièces automobiles*, WT/DS339/R, Add.1 et Add.2 / WT/DS340/R, Add.1 et Add.2 / WT/DS342/R, Add.1 et Add.2, adoptés le 12 janvier 2009, confirmé (WT/DS339/R) et modifiés (WT/DS340/R / WT/DS342/R) par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS339/AB/R / WT/DS340/AB/R / WT/DS342/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 – Terres rares* | Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/AB/R, adoptés le 29 août 2014 |
| *Chine – Terres rares* | Rapports du Groupe spécial *Chine – Mesures relatives à l'exportation de terres rares, de tungstène et de molybdène*, WT/DS431/R et Add.1 / WT/DS432/R et Add.1 / WT/DS433/R et Add.1, adoptés le 29 août 2014, confirmés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS431/AB/R / WT/DS432/AB/R / WT/DS433/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 |
| *Colombie – Textiles* | Rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures*, WT/DS461/AB/R et Add.1, adopté le 22 juin 2016 |
| *Colombie – Textiles* | Rapport du Groupe spécial *Colombie – Mesures visant les importations de textiles, vêtements et chaussures*, WT/DS461/R et Add.1, adopté le 22 juin 2016, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS461/AB/R |
| *Corée – Boissons alcooliques* | Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopté le 17 février 1999 |
| *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* | 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 bœuf* | 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 |
| *Corée – Navires de commerce* | Rapport du Groupe spécial *Corée – Mesures affectant le commerce des navires de commerce*, WT/DS273/R, adopté le 11 avril 2005 |
| *Corée – Produits laitiers* | Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, adopté le 12 janvier 2000 |
| *Corée – Radionucléides* | Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides*, WT/DS495/AB/R et Add.1, adopté le 26 avril 2019 |

| Titre abrégé | Titre complet de l'affaire et référence |
|---|---|
| *États-Unis – Acier laminé à chaud* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon*, WT/DS184/R, adopté le 23 août 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS184/AB/R |
| *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/AB/R, adopté le 23 mars 2012 |
| *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant le commerce des aéronefs civils gros porteurs (deuxième plainte)*, WT/DS353/R, adopté le 23 mars 2012, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS353/AB/R |
| *États-Unis – Animaux* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant l'importation d'animaux, de viandes et d'autres produits d'origine animale en provenance d'Argentine*, WT/DS447/R et Add.1, adopté le 31 août 2015 |
| *États-Unis – Bois de construction résineux IV* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Détermination finale en matière de droits compensateurs concernant certains bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS257/AB/R, adopté le 17 février 2004 |
| *États-Unis – Bois de construction résineux VII* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures compensatoires visant le bois d'œuvre résineux en provenance du Canada*, WT/DS533/R et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 24 août 2020, appel formé le 28 septembre 2020 |
| *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 – Cigarettes aux clous de girofle* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/AB/R, adopté le 24 avril 2012 |
| *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures affectant la production et la vente de cigarettes aux clous de girofle*, WT/DS406/R, adopté le 24 avril 2012, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS406/AB/R |
| *États-Unis – Coton upland* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Subventions concernant le coton upland*, WT/DS267/AB/R, adopté le 21 mars 2005 |
| *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Subventions concernant le coton upland – Recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS267/AB/RW, adopté le 20 juin 2008 |
| *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 (Équateur)* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesure antidumping visant les crevettes en provenance de l'Équateur*, WT/DS335/R, adopté le 20 février 2007 |
| *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 – EPO* | Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R, adoptés le 23 juillet 2012 |
| *États-Unis – EPO* | Rapports du Groupe spécial *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO)*, WT/DS384/R / WT/DS386/R, adoptés le 23 juillet 2012, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS384/AB/R / WT/DS386/AB/R |
| *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* | Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours du Canada et du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW, adoptés le 29 mai 2015 |
| *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)* | Rapports du Groupe spécial *États-Unis – Certaines prescriptions en matière d'étiquetage indiquant le pays d'origine (EPO) – Recours du Canada et du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS384/RW et Add.1 / WT/DS386/RW et Add.1, adoptés le 29 mai 2015, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS384/AB/RW / WT/DS386/AB/RW |
| *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 |
| *États-Unis – FSC* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/AB/R, adopté le 20 mars 2000 |
| *États-Unis – FSC* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger"*, WT/DS108/R, adopté le 20 mars 2000, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS108/AB/R |

| Titre abrégé | Titre complet de l'affaire et référence |
|---|---|
| *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 – Incitations fiscales* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Incitations fiscales conditionnelles pour les aéronefs civils gros porteurs*, WT/DS487/R et Add.1, adopté le 22 septembre 2017, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS487/AB/R |
| *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 – Lave-linge* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures antidumping et mesures compensatoires visant les gros lave-linge à usage domestique en provenance de Corée*, WT/DS464/R et Add.1, adopté le 26 septembre 2016, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS464/AB/R |
| *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/AB/R, adopté le 19 février 2009 |
| *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Maintien en existence et en application de la méthode de réduction à zéro*, WT/DS350/R, adopté le 19 février 2009, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS350/AB/R |
| *États-Unis – Marquage de l'origine (Hong Kong, Chine)* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Prescription en matière de marquage de l'origine*, WT/DS597/R et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 21 décembre 2022, appel formé le 26 janvier 2023 |
| *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS449/AB/R et Corr.1, adopté le 22 juillet 2014 |
| *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping visant certains produits en provenance de Chine*, WT/DS449/R et Add.1, adopté le 22 juillet 2014, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS449/AB/R |
| *États-Unis – Olives mûres en provenance d'Espagne* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs visant les olives mûres en provenance d'Espagne*, WT/DS577/R et Add.1, adopté le 20 décembre 2021 |
| *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 – Thon II (Mexique)* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/AB/R, adopté le 13 juin 2012 |
| *États-Unis – Thon II (Mexique)* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon*, WT/DS381/R, adopté le 13 juin 2012, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS381/AB/R |
| *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique II)* | Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS381/RW/USA et Add.1 / *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Deuxième recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS381/RW2 et Add.1, adoptés le 11 janvier 2019, confirmés par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS381/AB/RW/USA / WT/DS381/AB/RW2 |
| *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)* | Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS381/AB/RW et Add.1, adopté le 3 décembre 2015 |

| Titre abrégé | Titre complet de l'affaire et référence |
|---|---|
| *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures concernant l'importation, la commercialisation et la vente de thon et de produits du thon – Recours du Mexique à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS381/RW, Add.1 et Corr.1, adopté le 3 décembre 2015, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS381/AB/RW |
| *États-Unis – Viande d'agneau* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures de sauvegarde à l'importation de viande d'agneau fraîche, réfrigérée ou congelée en provenance de Nouvelle-Zélande et d'Australie*, WT/DS177/R, WT/DS178/R, adopté le 16 mai 2001, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R |
| *États-Unis – Volaille (Chine)* | Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Certaines mesures visant les importations de volaille en provenance de Chine*, WT/DS392/R, adopté le 25 octobre 2010 |
| *Guatemala – Ciment II* | Rapport du Groupe spécial *Guatemala – Mesures antidumping définitives concernant le ciment Portland gris en provenance du Mexique*, WT/DS156/R, adopté le 17 novembre 2000 |
| *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 – Cellules solaires* | Rapport du Groupe spécial *Inde – Certaines mesures relatives aux cellules solaires et aux modules solaires*, WT/DS456/R et Add.1, adopté le 14 octobre 2016, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS456/AB/R |
| *Inde – Produits agricoles* | Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Mesures concernant l'importation de certains produits agricoles*, WT/DS430/AB/R, adopté le 19 juin 2015 |
| *Inde – Produits agricoles* | Rapport du Groupe spécial *Inde – Mesures concernant l'importation de certains produits agricoles*, WT/DS430/R et Add.1, adopté le 19 juin 2015, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS430/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 |
| *Indonésie – Poulet* | Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Mesures concernant l'importation de viande de poulet et de produits à base de poulet*, WT/DS484/R et Add.1, adopté le 22 novembre 2017 |
| *Indonésie – Régimes de licences d'importation* | Rapport de l'Organe d'appel *Indonésie – Importation de produits horticoles, d'animaux et de produits d'origine animale*, WT/DS477/AB/R, WT/DS478/AB/R, et Add.1, adopté le 22 novembre 2017 |
| *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 – Semi-conducteurs* | Rapport du Groupe spécial du GATT *Japon – Commerce des semi-conducteurs*, L/6309, adopté le 4 mai 1988, IBDD S35/126 |
| *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 |
| *Philippines – Spiritueux distillés* | Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Taxes sur les spiritueux distillés*, WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R, adoptés le 20 janvier 2012 |
| *Philippines – Spiritueux distillés* | Rapports du Groupe spécial *Philippines – Taxes sur les spiritueux distillés*, WT/DS396/R / WT/DS403/R, adoptés le 20 janvier 2012, modifiés par les rapports de l'Organe d'appel WT/DS396/AB/R / WT/DS403/AB/R |
| *Russie – Matériels ferroviaires* | Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Mesures affectant l'importation de matériels ferroviaires et leurs parties*, WT/DS499/AB/R et Add.1, adopté le 5 mars 2020 |
| *Russie – Matériels ferroviaires* | Rapport du Groupe spécial *Russie – Mesures affectant l'importation de matériels ferroviaires et leurs parties*, WT/DS499/R et Add.1, adopté le 5 mars 2020, modifié par le rapport de l'Organe d'appel WT/DS499/AB/R |
| *Russie – Traitement tarifaire* | Rapport du Groupe spécial *Russie – Traitement tarifaire de certains produits agricoles et manufacturés*, WT/DS485/R, Add.1, Corr.1, et Corr.2, adopté le 26 septembre 2016 |
| *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 |

| Titre abrégé | Titre complet de l'affaire et référence |
|---|---|
| *Thaïlande – Cigarettes (Philippines) (article 21:5 – Philippines)* | Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Mesures douanières et fiscales visant les cigarettes en provenance des Philippines – Recours des Philippines à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS371/RW et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 12 novembre 2018, appel formé le 9 janvier 2019 |
| *Turquie – Produits pharmaceutiques (UE)* | Rapport final du Groupe spécial remis aux parties dans le différend *Turquie – Certaines mesures concernant la production, l'importation et la commercialisation de produits pharmaceutiques*, annexé à la déclaration de recours à un arbitrage présentée par la Türkiye (WT/DS583/12 et Add.1) |
| *UE – Biodiesel (Indonésie)* | Rapport du Groupe spécial *Union européenne – Mesures antidumping visant le biodiesel en provenance d'Indonésie*, WT/DS480/R et Add.1, adopté le 28 février 2018 |
| *UE – Paquet législatif pour l'énergie* | Rapport du Groupe spécial *Union européenne et ses États membres – Certaines mesures relatives au secteur de l'énergie*, WT/DS476/R et Add.1, distribué aux Membres de l'OMC le 10 août 2018, appel formé le 21 septembre 2018 |

## TABLEAU DES PIÈCES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

| Pièce | Titre abrégé (le cas échéant) | Titre |
|---|---|---|
| EU-3, MYS-92 | Rapport d'état (2019) | Report From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the status of production expansion of relevant food and feed crops worldwide, COM/2019/142 final |
| EU-8 | Proposition de RED II | European Commission, Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast) (30 November 2016), SWD(2016) 418 final, Parts 1/4 to 4/4 |
| EU-11 | | J. Miettinen, C. Shi, and S.C. Liew, "Land Cover Distribution in the Peatlands of Peninsular Malaysia, Sumatra, and Borneo in 2015 with Changes since 1990", Global Ecology and Conversation, Vol. 6 (2016), 67 |
| EU-12 | | White Paper Nr. 17 by J. Miettinen et al., "Historical Analysis and Projection of Oil Palm Plantation Expansion on Peatland in Southeast Asia" (International Council on Clean Transportation, 2012) |
| EU-13 | | European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), COM(2016) 767 final (30 November 2016) |
| EU-17 | Directive 2003/30/CE | Directive 2003/30/EC of the European Parliament and of the Council of 8 May 2003 on the promotion of the use of biofuels or other renewable fuels for transport, OJ L 123, 17.5.2003, p. 42-46 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV) [consolidated version] |
| EU-18 | Rapport du Parlement européen FINAL A5–0244/2002 | Report of the Parliament on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of biofuels for transport (COM(2001) 547 – C5-0684/2001 – 2001/0265(COD)), 20 June 2002, FINAL A5-0244/2002 |
| EU-19 | Directive RED I | Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC, OJ 2009 L 140, p. 16 |
| EU-25 | Directive sur la qualité des carburants | Directive 2009/30/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 amending Directive 98/70/EC as regards the specification of petrol, diesel and gas-oil and introducing a mechanism to monitor and reduce greenhouse gas emissions and amending Council Directive 1999/32/EC as regards the specification of fuel used by inland waterway vessels and repealing Directive 93/12/EEC [consolidated version] |
| EU-26 | Analyse d'impact (2012) | Working Document of the European Commission, "Impact Assessment – Accompanying the document: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 98/70/EC relating to the quality of petrol and diesel fuels and amending Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources", SWD(2012) 343 final, 17 October 2012 |
| EU-28 | Rapport d'étude (2017) | Wageningen Economic Research, Netherlands Environmental Assessment Agency (PBL), Wageningen Environmental Research, and National Renewable Energy Centre (CENER), Study Report on Reporting Requirement on Biofuels and Bioliquids stemming from the Directive (EU) 2015/1513 (European Commission, 2017) |
| EU-32 | ISO 14067:2018 | ISO 14067:2018 (Greenhouse gases – Carbon footprint of products – Requirements and guidelines for quantification) |
| EU-121, MYS-212 | UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 | UFOP, "Global Market Supply 2019/2020, European and world demand for biomass for the purpose of biofuel production in relation to supply in the food and feedstuff markets" |

| Pièce | Titre abrégé (le cas échéant) | Titre |
|---|---|---|
| EU-123 | | J. Xu et al., "PEATMAP: Refining estimates of global peatland distribution based on a meta-analysis", Catena, Vol. 160 (2018), 134 |
| EU-128 | | USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual 2019: EU-28", 15 July 2019 |
| EU-131 | | USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 |
| EU-132 | | ETC/CME Eionet Report, Greenhouse gas intensities of road transport fuels in the EU in 2018 – monitoring under the Fuel Quality Directive, November 2020 |
| EU-133 | | ETC/CME Eionet Report, Greenhouse gas intensities of transport fuels in the EU in 2019 – monitoring under the Fuel Quality Directive, October 2021 |
| EU-134 | Règlement (CE) n° 193/2009 de la Commission | Commission Regulation (EC) No 193/2009 of 11 March 2009 imposing a provisional anti-dumping duty on imports of biodiesel originating in the United States of America, OJ 2009 L 67 |
| EU-135 | | Commission Implementing Regulation (EU) 2019/244 of 11 February 2019 imposing a definitive countervailing duty on imports of biodiesel originating in Argentina, OJ 2019 L 40, p. 1 |
| EU-137 | | Biodiesel Standards in various EU member States (website accessed 25 April 2021) |
| EU-138 | Moser, "Influence of Blending Canola, Palm, Soybean, and Sunflower Oil Methyl Esters on Fuel Properties of Biodiesel" | B.R. Moser, "Influence of Blending Canola, Palm, Soybean, and Sunflower Oil Methyl Esters on Fuel Properties of Biodiesel", Energy & Fuels, Vol. 22 (2008), 4301. See row 12 in Table 3: Canola (rapeseed) and palm oil biodiesel in a volume ratio of 3:1 |
| EU-139 | | Commission Implementing Regulation (EU) 2019/1344 of 12 August 2019 imposing a provisional countervailing duty on imports of biodiesel originating in Indonesia, OJ 2019 L 212, p. 1 |
| EU-140 | | Arbeitsgemeinschaft Qualitätsmanagement Biodiesel e.V., "Cold Properties of Biodiesel" |
| EU-141 | | Austria's reporting under Article 7a of the Fuel Quality Directive for 2019 |
| EU-142 | | Czech Republic's reporting under Article 7a of the Fuel Quality Directive for 2019 |
| EU-143 | | Denmark's reporting under Article 7a of the Fuel Quality Directive for 2018 |
| EU-144 | | Excerpt from the website of Preem, a Swedish fuel company |
| EU-145 | | Midttun, Knut Myrum Næss, and Proadpran Boonprasurd Piccini "Biofuel Policy and Industrial Transition-A Nordic Perspective" in Energies 2019, 12(14), 2740 |
| EU-146 | | Eni press release of 15 April 2021: "Eni: New Systems Installed at the Venice Biorefinery to Eliminate Palm Oil Entirely" |
| EU-147 | | Press article from Argusmedia of 11 September 2020: "Spain's climate bill threatens biofuel projects: Repsol" |
| EU-148 | | Total's webpage (accessed on 22 April 2021): "GRANDPUITS: A ZERO-CRUDE PLATFORM BY 2024" |
| EU-149 | | Total's webpage (accessed on 22 April 2021): "LA MÈDE: A MULTIPURPOSE FACILITY FOR THE ENERGIES OF TOMORROW" |
| EU-150 | | Press article of 1 April 2021 from Le Monde "Total condamné à revoir son étude d'impact sur l'utilisation de l'huile de palme dans une raffinerie" |
| EU-157 | | Gaveau D. &co., Slowing deforestation in Indonesia follows declining oil palm expansion and lower oil prices, Research Square, 15 January 2021 |
| EU-161 | Projet de règlement d'exécution de la Commission | Draft Commission Implementing Regulation on rules to verify sustainability and greenhouse gas emissions saving criteria and low indirect land-use change-risk criteria, Brussels, internal document dated 29 June 2021 |
| EU-164 | ISO 13065:2015 | ISO 13065:2015 (Sustainability criteria for bioenergy) |
| EU-165 | | Excerpt of ISO/IEC Directives, Part 2 – Principles and rules for the structure and drafting of ISO and IEC documents, ninth edition, 2021 |
| EU-166 | Étude Finkbeiner | M. Finkbeiner, Indirect land use change (iLUC) within life cycle assessment (LCA) – scientific robustness and consistency with international standards (Association of the German Biofuel Industry, 2013) |

| Pièce | Titre abrégé (le cas échéant) | Titre |
|---|---|---|
| EU-169 | | Excerpt from RSB website, "RSB Low ILUC Risk Biomass Module" |
| EU-170 | | Excerpt from UPM website, "All UPM BioVerno products are certified" (accessed on 26 November 2021) |
| EU-172 | | President Juncker's reply of 14 May 2019 to a letter from PM Mahathir to President Juncker on the RED II Delegated Act |
| EU-174 | | Letter of European Commissioner for Climate Action and Energy of 26 July 2018 |
| EU-190 | | French parliamentary report, Working Group on Biofuels, "Tax regime of biofuels" ("Fiscalité des biocarburants") |
| EU-191 | DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" | DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France", 2019 |
| EU-196 | | Article 9 of the French Finance Law 2020-935 of 30 July 2020 |
| EU-197 | Circulaire du gouvernement français du 18 août 2020 | Circulaire du gouvernement français du 18 août 2020 sur la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants (TIRIB), NOR: ECOD2020901C, articles 52 et 53 |
| EU-198 | | Amendment nr. I-694 rect. bis. of 21 November 2020 to the French Finance Law for 2021 (Amendement N° I-694 rect. bis de 21 novembre 2020 de la loi de finances pour 2021) |
| EU-199 | | Article 266*quindecies* – Code des douanes – Légifrance |
| EU-205 | Rapport n° 2609 du Parlement français | Report of the French Parliament n. 2609 of 22 January 2020, p. 52. |
| EU-213 | | Webpage from the European Commission's (DG Energy) website: Voluntary schemes |
| EU-214 | | Commission decision C (2016) 5817 of 8 September 2016 in Case M.7963 – ADM/Wilmar/Olenex JV |
| EU-216 | | Veblen Institute, Amicus Curia submission |
| EU-219 | Décisions d'exécution de la Commission sur les systèmes volontaires | Commission Implementing Decisions of 8 April 2022 recognising voluntary schemes covering low ILUC-risk certification set up by Bonsucro EU (2022/60), International Sustainability & Carbon Certification (ISCC) EU (2022/602) and the Roundtable on Sustainable Biomaterials (RSB) EU RED (2022/607) |
| EU-221 | | N. Khasanah et al., "Aboveground carbon stocks in oil palm plantations and the threshold for carbon-neutral vegetation conversion on mineral soils", Cogent Environmental Science, Vol. 1:1 (2015), 1 |
| EU-222 | | Guillaume, T., Kotowska, M.M., Hertel, D. et al. Carbon costs and benefits of Indonesian rainforest conversion to plantations. Nat Commun 9, 2388 (2018) |
| EU-225, MYS-89 | Rapport du GIEC "Changement climatique et terres émergées" | IPCC Report on "Climate Change and Land" (including the Summary for Policymakers) |
| EU-227 | | "Oilseeds and oilseed products" OECD-FAO Agricultural Outlook 2021-2030 (agri-outlook.org), p. 7. |
| EU-231 | | K.G. Austin et al., "Shifting patterns of palm oil driven deforestation in Indonesia and implications for zero-deforestation commitments", Land Use Policy, Vol. 69 (2017), 416 |
| EU-232 | | Gaveau, D.L.A., Sheil, D., Husnayaen, Salim, M.A., Arjasakusuma, S., Ancrenaz, M., Pacheco, P., Meijaard, E., 2016. Rapid conversions and avoided deforestation: examining four decades of industrial plantation expansion in Borneo. Nature – Scientific Reports 6, 32017 |
| EU-249 | | Page, S. E., Morrison, R., Malins, C., Hooijer, A., Rieley, J. O., and Jauhiainen, J.: Review of peat surface greenhouse gas emissions from oil palm plantations in Southeast Asia (ICCT White Paper 15), International Council on Clean Transportation, Washington, 2011 |
| EU-250 | | Hooijer, A., Page, S., Jauhiainen, J., Lee, W. A., Lu, X. X., Idris, A., and Anshari, G.: Subsidence and carbon loss in drained tropical peatlands, Biogeosciences, 9, pp. 1053-1071. |
| EU-251 | | Jukka Miettinen et al, From carbon sink to carbon source: extensive peat oxidation in insular Southeast Asia since 1990, Environ. Res. Lett., 12 024014, 2017 |
| EU-253 | | Couwenberg, J., Dommain, R. and Joosten, H., Global Change Biology (2009) Greenhouse gas fluxes from tropical peatlands in South East Asia. doi: 10.1111/j.1365-2486.2009.02016 |

| Pièce | Titre abrégé (le cas échéant) | Titre |
|---|---|---|
| EU-254 | | D.L.A. Gaveau et al., "Rise and fall of forest loss and industrial plantations in Borneo (2000-2017)", Conservation Letters, Vol. 12:3 (2018), 1 |
| EU-259 | | DG Energy Voluntary schemes (accessed on 25 April 2022) |
| EU-261 | | T. Seljak, M. Buffi, A. Valera-Medina, C.T. Chong, D. Chiaramonti, T. Katrasnik, "Bioliquids and their use in power generation – A technology review", Renewable and Sustainable Energy Reviews 129 (2020) 109930 |
| EU-262 | | Nils Hinrichsen, Commercially available alternatives to palm oil in Lipid Technology, March-April 2016, Vol. 28, No. 3-4 |
| EU-294 | | [Cuypers et al. 2013] Cuypers, D., Geerken, T., Gorissen, L., Peters, G., Karstensen, J., Prieler, S., … vVn Velthuizen, H. (2013). The impact of EU consumption on deforestation: Comprehensive analysis of the impact of EU consumption on deforestation |
| EU-324 | | THEN24, "TotalEnergies will no longer use palm oil from 2023" |
| EU-329 | Règlement d'exécution (UE) n° 2022/996 de la Commission | Commission Implementing Regulation (EU) 2022/996 of 14 June 2022 on rules to verify sustainability and greenhouse gas emissions saving criteria and low indirect land-use change-risk criteria C/2022/3740 |
| MYS-11 | UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 | UFOP, Global Market Supply 2020/2021, European and world demand for biomass for the purpose of biofuel production in relation to supply in food and feedstuff markets |
| MYS-14 | | Greenea, "Is HVO the Holy Grail of the world biodiesel market?" |
| MYS-17 | | Oil World Annual 2021 |
| MYS-19 | | T. Mielke, "World Markets for Vegetable Oils: Status and Prospects", in M. Kaltschmitt (ed.), Energy from Organic Minerals (Biomass), 2019 |
| MYS-20 | | K. Azly Zahan and M. Kano, "Biodiesel Production from Palm Oil, Its By-Products, and Mill Effluent: A Review", Energies, Vol. 11 (2018), 2132 |
| MYS-21 | | FAO/WHO, Codex Standard for Named Vegetable Oils (CODEX-STAN 210 – 1999), SECTION 2. Codex Standards for Fats and Oils from Vegetable Sources (fao.org) Section 2, Codex Alimentarius, Volume 8, Fats, oils and related products, Second Edition (2001) |
| MYS-36 | | Letter by the Director General of the Directorate-General Environment, Education, Transport and Energy of the Council of the European Union of 11 April 2018 |
| MYS-40 | | Malaysian Palm Oil Council (MPOC), Comments on EC Commission Delegated Regulation (EU Ref Ares (2019)762855-08/02/2019) |
| MYS-42 | | HS Nomenclature, 2017, Chapter 38 |
| MYS-43 | | Eurostat, Energy from renewable sources – SHARES |
| MYS-44 | Lettre de la DG Commerce à la DG Énergie | Letter dated 23 March 2018 from Jean-Luc Demarty, Director-General of DG TRADE to Dominique Ristori, Director-General of DG ENER, Ref. Ares (2018) 1615972 – 23/03/2018 |
| MYS-45 | Avis d'expert de M. Finkbeiner | M. Finkbeiner, Report, Expert Opinion on Indonesia's WTO dispute – EU renewable energy targets, 15 December 2020 |
| MYS-50 | Projet de règlement délégué | Draft of the Commission Delegated Regulation …/… supplementing Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council as regards the determination of high indirect land-use change-risk feedstock for which a significant expansion of the production area into land with high carbon stock is observed and the certification of low indirect land-use change-risk biofuels, bioliquids and biomass fuels, C (2019) 2055 final (13 March 2019) |
| MYS-51 | | Contract notice by the European Commission, Belgium – Brussels: Support for the implementation of the Provisions on ILUC Set out in the Renewable Energy Directive, 2019/S 131-320816, OJ/S S131 and the Call for Tenders by the European Commission, Support for the Implementation of the Provisions on ILUC Set out in the Renewable Energy Directive, N° ENER/C2/2018-462 |
| MYS-52 | ISO/IEC 17007:2010 | ISO/IEC 17007:2010 (Conformity assessment – Guidance for drafting normative documents suitable for use for conformity assessment) |

| Pièce | Titre abrégé (le cas échéant) | Titre |
|---|---|---|
| MYS-53 | | United Nations, World Economic Situation and Prospects 2021, Statistical Annex, (United Nations, 2021), Table C "Developing economies by region" |
| MYS-54 | | UNCTADSTAT, Development status groups and composition: Developing economies |
| MYS-60 | | Deutsche Gesellschaft für Fettwissenschaft, "Physical properties of fats and oils" |
| MYS-62 | Règlement (UE) 2018/1999 | Regulation on the governance of the energy union and climate action (EU/2018/1999) |
| MYS-77 | | USDA FAS, "GAIN Report, Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2015 |
| MYS-79 | | Transport and Environment, "The trend worsens: More palm oil for energy, less for food" |
| MYS-90 | Directive RED II | Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources, OJ L 328, 21.12.2018 |
| MYS-91 | Règlement délégué | Commission Delegated Regulation (EU) 2019/807 of 13 March 2019 supplementing Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council as regards the determination of high indirect land-use change-risk feedstock for which a significant expansion of the production area into land with high carbon stock is observed and the certification of low indirect land-use change-risk biofuels, bioliquids and biomass fuels, OJ L 133, 21.5.2019 |
| MYS-102 | Résolution du Parlement européen du 4 avril 2017 | European Parliament, Resolution on palm oil and deforestation of rainforests, 4 April 2017, (2016/2222(INI)), OJ 2018 C 298, p. 2 |
| MYS-104 | | Vijay V., Pimm S.L., Jenkins C.N., Smith S.J., The Impacts of Oil Palm on Recent Deforestation and Biodiversity Loss, Plos One, 27 July 2016 |
| MYS-113 | | European Technology and Innovation Platform, "Transesterification to biodiesel" |
| MYS-119 | Moser, "Biodiesel Production, Properties, and Feedstocks" | B. R. Moser, "Biodiesel Production, Properties, and Feedstocks", in D. Tomes, P. Lakshmanan, D. Songstad (eds), Biofuels: Global Impact on Renewable Energy, Production Agriculture, and Technological Advancement (Springer, 2011) |
| MYS-123 | | Concawe, "Guidelines for handling and blending FAME" |
| MYS-126 | SAE International, "HVO as a Renewable Diesel Fuel" | SAE International, "Hydrotreated Vegetable Oil (HVO) as a Renewable Diesel Fuel: Trade-off between NOx, Particulate Emission, and Fuel Consumption of a Heavy-Duty Engine" |
| MYS-127 | | L.P. Lindfors, "High Quality Transportation Fuels from Renewable Feedstock", Neste Oil Corporation Espoo, Finland, XXIst World Energy Congress Montreal, Canada September 12-16, 2010 |
| MYS-131 | | ETIP Bioenergy, "Hydrogenated vegetable oil (HVO)" |
| MYS-139 | | USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June, 2021 |
| MYS-140 | Règlement d'exécution (UE) n° 1194/2013 du Conseil | Council Implementing Regulation (EU) No 1194/2013 of 19 November 2013 imposing a definitive anti-dumping duty and collecting definitively the provisional duty imposed on imports of biodiesel originating in Argentina and Indonesia, OJ L 315, 26.11.2013, p. 2 |
| MYS-141 | | Commission Implementing Regulation (EU) 2019/2092 of 28 November 2019 imposing a definitive countervailing duty on imports of biodiesel originating in Indonesia, OJ L 317, 9.12.2019 |
| MYS-152 | | ISEAS Perspective, Serina Rahman, Malaysian Independent Oil Palm Smallholders and their Struggle to Survive 2020 |
| MYS-163 | | Basiron, Y and Yew F.K., "Land use impacts of the livestock and oil palm industries", Journal of Oil Palm, Environment & Health 2015 |
| MYS-168 | Directive CIAS | Directive (EU) 2015/1513 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 amending Directive 98/70/EC relating to the quality of petrol and diesel fuels and amending Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources, OJ L 239, 15.9.2015 |

| Pièce | Titre abrégé (le cas échéant) | Titre |
|---|---|---|
| MYS-181 | Article 266*quindecies* du Code des douanes français | Article 266 quindecies of the French Customs Code (Code des douanes), as modified by Article 192 of Loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019; Décret no 2019-570 du 7 juin 2019 portant sur la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants, JORF no 0133 of 9 June 2019, no. 13; Ministère de l'Action et des Comptes publics, Circulaire du 12 juin 2019 – Taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants |
| MYS-229 | | RaboResearch, Global Canola Opportunities in the Sustainable-Fuel Future: Is Australia Fit and Ready? |
| MYS-233 | | Low ILUC-risk certification: Pilot report and recommendations Malaysia, Oil palm yield increase, February 2021 |
| MYS-238 | | USDA FAS, "GAIN EU Oilseeds and Products Annual", 21 April 2022 |
| MYS-241 | ISO 14044:2017 | ISO 14044:2017 (Environmental management – Life cycle assessment – Requirements and guidelines) |
| MYS-242 | ISO 14040:2016 | ISO 14040:2016 (Environmental management – Life cycle assessment – Principles and framework) |
| MYS-245 | Article de presse, 11 octobre 2019 | Reuters, In blow to Total, France upholds law banning palm oil from biofuel scheme, 11 October 2019 |
| COL-11 | | Kalsom et al (Malaysian Palm Oil Board), the Effect of Soyabean Oil Price Changes on Palm Oil Demand in China. |
| IDN-1 | | Examples of EU member States' measures restricting oil palm crop-based biofuel |
| IDN-2 | Delzeit *et al.*, document de travail de Kiel n° 2203 | R. Delzeit, T. Heimann, F. Schünemann and M. Söder, "Who benefits really from phasing out palm oil-based biodiesel in the EU", Kiel Working Paper No. 2203, Kiel Institute for the World Economy, December 2021 |
| IDN-13 | | Eurostat, Consumption of renewable energy in the transport sector in the EU-27 in 2011-2019 |
| IDN-20 | | IPCC, Refinement to the 2006 IPCC Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories (2019), Volume 1: General Guidance and Reporting, Chapter 8. Reporting Guidance and Tables, considered in May 2019 during the IPCC's 49th Session and adopted/accepted on 12 May 2019 |
| IDN-25 | | M. Weisse & E. Goldman, "The World lost a Belgium-sized Area of Primary Rainforests Last Year" |

## TABLEAU DES ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

| Abréviation | Désignation |
|---|---|
| Accord OTC | Accord sur les obstacles techniques au commerce |
| Accord SMC | Accord sur les subventions et les mesures compensatoires |
| Accord SPS | Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires |
| ACV | analyse du cycle de vie |
| carburants BTL | carburants obtenus par transformation de la biomasse en liquide |
| CAS | changement d'affectation des sols |
| CDAS | changements directs dans l'affectation des sols |
| CEPA | Accord de partenariat économique global Indonésie-AELE |
| CIAS | changements indirects dans l'affectation des sols |
| CNUCED | Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement |
| Directive CIAS | Directive 2015/1513 |
| Directive sur la qualité des carburants | Directive 2009/30/CE |
| ECP | empreinte carbone d'un produit |
| EMAG | esters méthyliques d'acide gras |
| EMC | ester méthylique de colza |
| EMP | ester méthylique de palme |
| EMS | ester méthylique de soja |
| FLEGT | Plan de l'Union européenne pour l'application des réglementations forestières, la gouvernance et les échanges commerciaux |
| GATT de 1994 | Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 |
| GES | gaz à effet de serre |
| GIEC | Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat |
| HCU | huiles de cuisson usagées |
| HVH | Huile végétale hydrotraitée |
| INN | illicite, non déclarée et non réglementée |
| ISCC | Certification internationale de durabilité et de carbone |
| ISO | Organisation internationale de normalisation |
| ISO 13065:2015 | Norme ISO 13065:2015 intitulée "Critères de durabilité pour la bioénergie" |
| ISO 14040:2016 | Norme ISO 14040:2016 intitulée "Management environnemental – Analyse du cycle de vie – Principes et cadre" |
| ISO 14044:2017 | Norme ISO 14044:2017 intitulée "Management environnemental – Analyse du cycle de vie – Exigences et lignes directrices" |
| ISO 14067:2018 | Norme ISO 14067:2018 intitulée "Gaz à effet de serre – Empreinte carbone des produits – Exigences et lignes directrices" |
| Mémorandum d'accord | Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends |
| NPF | nation la plus favorisée |
| OED | Oxford English Dictionary |
| OEN | Organisation européenne de normalisation |
| OMC | Organisation mondiale du commerce |
| ORD | Organe de règlement des différends |
| PMP | procédés et méthodes de production |
| RED I | Directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables |
| RED II | Directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de ressources renouvelables (refonte), JO 2018 L 328, page 82 |
| Règlement délégué | Règlement délégué (UE) 2019/807 de la Commission du 13 mars 2019 complétant la Directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne, d'une part, la détermination des matières premières présentant un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone et, d'autre part, la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols, JO 2019 L 133, page 1 |
| RSPO | Table ronde pour l'huile de palme durable |
| RSPO IP | RSPO "identité préservée" |
| RSPO SG | RSPO "séparée" |
| TICPE | taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques |
| TIRIB | taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburant |
| TLF | température limite de filtrabilité |
| TVA | taxe sur la valeur ajoutée |

# 1 INTRODUCTION

## 1.1 Plainte de la Malaisie

1.1. Le 15 janvier 2021, la Malaisie a demandé l'ouverture de consultations avec l'Union européenne, la France et la Lituanie conformément à l'article 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 14 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (Accord OTC) et à l'article 30 de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord SMC), au sujet des mesures et allégations présentées plus loin.[1]

1.2. Les consultations ont eu lieu le 17 mars 2021 mais n'ont pas permis de régler le différend.

## 1.2 Établissement et composition du Groupe spécial

1.3. Le 15 avril 2021, la Malaisie a demandé l'établissement d'un groupe spécial conformément aux articles 4:7 et 6 du Mémorandum d'accord, à l'article XXIII du GATT de 1994, à l'article 14.1 de l'Accord OTC et à l'article 30 de l'Accord SMC.[2] À sa réunion du 28 mai 2021, l'Organe de règlement des différends (ORD) a établi un groupe spécial comme la Malaisie l'avait demandé dans le document WT/DS600/6, conformément à l'article 6 du Mémorandum d'accord.[3]

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 la Malaisie dans le document WT/DS600/6; 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.[4]

1.5. Le 19 juillet 2021, la Malaisie a demandé à la Directrice générale, en vertu de l'article 8:7 du Mémorandum d'accord, de déterminer la composition du Groupe spécial. Le 29 juillet 2021, la Directrice générale a donné au Groupe spécial la composition suivante:

Président: M. Manzoor AHMAD

Membres: Mme Sarah PATERSON

M. Arie REICH

1.6. L'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, la Chine, la Colombie, le Costa Rica, El Salvador, l'Équateur, les États-Unis, la Fédération de Russie, le Guatemala, le Honduras, l'Inde, l'Indonésie, le Japon, la Norvège, la République de Corée, le Royaume d'Arabie saoudite, le Royaume-Uni, Singapour, la Thaïlande, la Türkiye et l'Ukraine ont notifié leur intérêt pour la participation aux travaux du Groupe spécial en tant que tierces parties.[5]

[1] Demande de consultations présentée par la Malaisie, WT/DS600/1.
[2] Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Malaisie, WT/DS600/6 (demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie).
[3] ORD, compte rendu de la réunion tenue le 28 mai 2021, WT/DSB/M/452.
[4] Note relative à la constitution du Groupe spécial, WT/DS600/7, paragraphe 2.
[5] Note relative à la constitution du Groupe spécial, WT/DS600/7, paragraphe 5.

## 1.3 Travaux du Groupe spécial

### 1.3.1 Généralités

1.7. Après avoir consulté les parties, le Groupe spécial a adopté ses procédures de travail et son calendrier le 13 septembre 2021.[6] Ils ont tous deux été modifiés en fonction des besoins au cours de la procédure.

1.8. Après avoir consulté les parties, le Groupe spécial a tenu une seule réunion de fond avec les parties les 10-13 mai 2022. Une séance avec les tierces parties a eu lieu le 11 mai 2022. Pour des raisons liées à la pandémie de COVID–19, comme il est indiqué plus en détail plus loin, la réunion de fond du Groupe spécial avec les parties et la séance avec les tierces parties se sont tenues sous une forme hybride. Le 22 mars 2023, le Groupe spécial a remis la partie descriptive de son rapport aux parties. Il leur a remis son rapport intérimaire le 29 septembre 2023. Il leur a remis son rapport final le 15 décembre 2023.

### 1.3.2 Forme de la réunion de fond du Groupe spécial avec les parties

1.9. Eu égard aux conditions sanitaires existantes liées à la pandémie de COVID–19, le Groupe spécial a prévu dans ses procédures de travail initiales la possibilité de tenir les réunions de fond avec les parties et la séance avec les tierces parties à distance, et a consulté les parties sur ce point.

1.10. Compte tenu des nouvelles évolutions des conditions sanitaires et des restrictions connexes, le Groupe spécial a proposé, le 8 avril 2022, de tenir sa réunion de fond, y compris la séance avec les tierces parties, en personne dans les locaux de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) à Genève.[7] Après avoir consulté les parties et les tierces parties, il a confirmé que la réunion de fond se tiendrait sous une forme hybride, permettant la participation par des moyens à distance, en plus de la présence en personne.[8] À cette fin, il a partagé avec les parties et les tierces parties une note sur les modalités de la participation à distance à la réunion de fond.[9]

### 1.3.3 Procédure de groupe spécial distincte en cours dans le différend DS593

1.11. À la suite de la décision voulant que le présent Groupe spécial soit composé des mêmes personnes que le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *UE – Huile de palme (Indonésie)* (DS593), la Malaisie, en qualité de plaignant dans le présent différend et en qualité de tierce partie dans l'affaire DS593, a demandé, le 5 août 2021, que les calendriers des deux Groupes spéciaux soient harmonisés.[10] À la suite de cette demande, les Groupes spéciaux chargés des deux différends ont invité les parties à participer à une réunion d'organisation conjointe afin de leur demander des avis supplémentaires sur la possible harmonisation des deux procédures et sur la possibilité et l'ampleur d'un éventuel échange de renseignements entre elles.[11] Cette réunion d'organisation conjointe avec participation à distance s'est tenue le 1er septembre 2021.

1.12. Dans ses communications écrites et dans la déclaration faite à la réunion d'organisation conjointe, la Malaisie a dit que la désignation par les Directeurs généraux des mêmes personnes comme membres des deux groupes spéciaux établis pour examiner des plaintes concernant la même question exigeait, en vertu de l'article 9:3 du Mémorandum d'accord, l'harmonisation des calendriers de ces groupes spéciaux.[12] Selon elle, l'harmonisation des calendriers des Groupes spéciaux garantirait, autant que possible, que les rapports des Groupes spéciaux seraient cohérents et que les deux plaintes seraient "traitées par les Groupes spéciaux avec efficacité et rapidité".[13]

[6] Voir les procédures de travail du Groupe spécial à l'annexe A-1.
[7] Groupe spécial, communication aux parties et aux tierces parties (8 avril 2022).
[8] Groupe spécial, communication aux parties et aux tierces parties (15 avril 2022).
[9] Note sur les modalités de la participation à distance à la réunion de fond (24 avril 2022).
[10] Malaisie, communication (5 août 2021), paragraphe 7. L'examen qui suit est axé sur les demandes et les communications qui font partie du dossier de l'affaire DS600.
[11] Groupe spécial, communication aux parties concernant la réunion conjointe virtuelle dans les différends DS593 et DS600 (19 août 2021).
[12] Malaisie, communication (25 août 2021), paragraphe 7; déclaration à la réunion conjointe avec le Groupe spécial, paragraphes 4 et 5.
[13] Malaisie, communication (25 août 2021), paragraphe 10; déclaration à la réunion conjointe avec le Groupe spécial, paragraphe 5; et communication (6 septembre 2021), paragraphe 2.

Concrètement, la Malaisie a proposé de reporter la deuxième réunion de fond dans l'affaire DS593 jusqu'à ce qu'elle puisse être tenue conjointement avec la deuxième réunion de fond dans l'affaire DS600.[14] Selon elle, l'harmonisation des calendriers des deux procédures ne causerait pas de retards indus dans la procédure DS593 et serait pleinement conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 9:3 du Mémorandum d'accord.[15] La Malaisie a aussi estimé que l'octroi de droits de tierce partie renforcés aux parties aux deux différends permettrait un échange de renseignements entre les deux procédures.[16]

1.13. L'Union européenne, défendeur dans les deux différends, a appuyé la demande de la Malaisie visant à ce que les procédures des Groupes spéciaux dans les affaires DS593 et DS600 soient harmonisées.[17] Elle a souligné que ces efforts d'harmonisation donneraient à la Malaisie et à elle–même le temps nécessaire pour présenter et défendre leurs positions et assureraient la cohérence des résultats des deux différends, qui concernaient la même question.[18] Selon l'Union européenne, le membre de phrase "dans toute la mesure du possible" figurant à l'article 9:3 du Mémorandum d'accord indique une préférence pour l'harmonisation des calendriers des différends qui concernent la même question et dans lesquels les groupes spéciaux sont composés des mêmes personnes.[19] L'Union européenne a observé que "le fait qu'il n'y ait peut–être pas de situation dans laquelle l'harmonisation [avait] été décidée qui soit identique à la présente situation" n'empêchait pas d'harmoniser les procédures dans les affaires DS593 et DS600, en particulier compte tenu des perturbations causées par la pandémie de COVID–19 dans les travaux de l'OMC et de ses Membres.[20] Selon elle, "[i]l serait approprié que les Groupes spéciaux chargés des différends DS593 et DS600 retardent la remise de leur rapport final dans chaque affaire jusqu'à ce qu'ils aient une connaissance suffisante des arguments des parties dans les deux affaires afin de veiller à ce qu'il n'y ait pas d'incohérence entre les deux rapports et à ce que les deux procédures soient menées de manière effective et efficace".[21] Enfin, l'Union européenne a réitéré son objection concernant l'octroi de droits de tierce partie renforcés à la Malaisie dans l'affaire DS593, car, de son point de vue, cela donnerait à la Malaisie "un avantage déloyal vis–à–vis de l'Union européenne dans l'affaire DS600".[22]

1.14. L'Indonésie a fait objection à la demande d'harmonisation des deux procédures et à la possibilité d'un échange de renseignements entre les parties aux deux différends. Elle a reconnu que les groupes spéciaux disposaient d'une marge discrétionnaire pour décider si et comment les calendriers devraient et pouvaient être harmonisés.[23] Elle a cependant observé qu'une telle décision devrait concilier divers intérêts, y compris la nécessité de régler rapidement les différends, de protéger les droits des parties en matière de régularité de la procédure, de procéder à une évaluation objective de la question, ainsi que la préférence pour l'efficacité et la garantie de décisions cohérentes dans les cas où des groupes spéciaux distincts étaient établis pour examiner des plaintes relatives à la même question.[24] Elle s'est appuyée sur la pratique de groupes spéciaux antérieurs et sur le fait que 10 mois séparaient l'établissement des deux groupes spéciaux pour faire valoir que, en fin de compte, l'harmonisation des deux procédures porterait indûment atteinte à son droit à un règlement rapide du différend, tel qu'il ressortait des articles 3:3, 12:8 et 12:9 du Mémorandum d'accord.[25] L'Indonésie a aussi observé qu'ordonner l'échange de renseignements entre les parties aux deux différends ou tenir une réunion conjointe reviendrait, dans les faits, à octroyer des droits de tierce partie renforcés à la Malaisie dans l'affaire DS593, ce à quoi tant l'Indonésie que l'Union européenne avaient fait objection.[26] Elle a fait valoir à cet égard que "l'article 9:3 du Mémorandum d'accord ne prévo[yait] pas l'échange de renseignements entre les parties à des

[14] Malaisie, déclaration à la réunion conjointe avec le Groupe spécial, paragraphe 6.
[15] Malaisie, communication (6 septembre 2021).
[16] Malaisie, déclaration à la réunion conjointe avec le Groupe spécial, paragraphe 7.
[17] Union européenne, communications (5 août 2021 et 3 septembre 2021).
[18] Union européenne, communication (3 septembre 2021).
[19] Union européenne, communication (6 septembre 2021), paragraphe 1.
[20] Union européenne, communication (6 septembre 2021), paragraphe 2.
[21] Union européenne, communication (6 septembre 2021), paragraphe 6.
[22] Union européenne, communication (5 août 2021).
[23] Indonésie, communication (20 août 2021), paragraphes 8 et 9.
[24] Indonésie, communication (20 août 2021), paragraphes 8 et 9; déclaration à la réunion conjointe avec le Groupe spécial, paragraphe 17; et communication (2 septembre 2021), paragraphe 3.
[25] Indonésie, communication (20 août 2021), paragraphes 11 à 14; déclaration à la réunion conjointe avec le Groupe spécial, paragraphes 18 à 21.
[26] Indonésie, déclaration à la réunion conjointe avec le Groupe spécial, paragraphe 25.

différends distincts concernant des questions semblables ni le fait d'être entendu par plus d'un groupe spécial".[27]

1.15. Après avoir soigneusement examiné les vues des parties et avoir soupesé les considérations pertinentes relatives à la possibilité d'harmoniser les calendriers des procédures dans les affaires DS593 et DS600, le Groupe spécial a estimé que, dans ces circonstances, il serait possible à ce stade d'assurer un certain degré de coordination en tenant la deuxième réunion de fond dans l'affaire DS593 après le dépôt des premières communications écrites dans l'affaire DS600, sans préjudice de toutes décisions ultérieures des Groupes spéciaux dans les deux différends concernant une harmonisation plus poussée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à cet égard, le Groupe spécial a cherché à concilier les divers objectifs du système de règlement des différends, y compris les droits de toutes les parties en matière de régularité de la procédure, l'objectif du règlement rapide des différends énoncé à l'article 3:3 du Mémorandum d'accord et l'objectif consistant à favoriser, s'il y avait lieu, la cohérence des décisions portant sur la même question, conformément à l'esprit de l'article 9:3 du Mémorandum d'accord.[28] Le Groupe spécial a confirmé cette approche dans une nouvelle communication aux parties, expliquant qu'il tiendrait séparément les réunions de fond dans les deux procédures, tout en tenant compte dans chaque procédure des possibilités découlant de l'exercice des droits de participation des tierces parties accordés par le Mémorandum d'accord.[29]

### 1.3.4 Tenue d'une seule réunion de fond

1.16. Lors de la réunion d'organisation conjointe tenue le 1er septembre 2021, le Groupe spécial a examiné avec les parties la possibilité de tenir une seule réunion de fond avec les parties, qui suivrait deux séries de communications écrites. Au cours de la réunion, la Malaisie et l'Union européenne ont toutes deux indiqué qu'elles seraient mieux à même de formuler des observations sur cette option après la première série de communications écrites.[30] En outre, la Malaisie a déclaré par écrit qu'elle était disposée à envisager tout moyen possible d'accélérer la procédure et qu'elle prendrait dûment en considération toute mesure de ce type, tout en préservant ses droits au titre du Mémorandum d'accord et, en particulier, au titre de son article 12:4.[31]

1.17. Dans sa communication du 6 décembre 2021 informant les parties qu'il ne serait pas possible d'harmoniser complètement les calendriers des procédures dans les affaires DS593 et DS600, le Groupe spécial a également expliqué qu'il gardait à l'esprit l'objectif consistant à favoriser la cohérence dans la conduite des deux procédures, ainsi que l'objectif consistant à régler rapidement les différends, comme il était indiqué aux articles 3:3, 12:8 et 12:9 du Mémorandum d'accord.[32] À cet égard, il a noté qu'à ce stade, il avait reçu les premières communications écrites des parties et a invité celles-ci à préciser leurs positions quant à la possibilité de tenir une seule réunion de fond précédée d'une deuxième série de communications écrites.[33]

1.18. Dans sa réponse à la communication du Groupe spécial, la Malaisie a exprimé son soutien en faveur de la tenue d'une seule réunion de fond et a demandé que les procédures dans les affaires DS593 et DS600 soient partiellement harmonisées, notamment en ce qui concerne la remise

[27] Indonésie, déclaration à la réunion conjointe avec le Groupe spécial, paragraphe 25.
[28] Groupe spécial, communication aux parties concernant la possible harmonisation des procédures des Groupes spéciaux dans les affaires DS593 et DS600 (13 septembre 2021).
[29] Groupe spécial, communication aux parties (6 décembre 2021). Cette communication répondait à une demande faite le 11 novembre 2021 par la Malaisie, qui souhaitait faire le point sur l'harmonisation potentielle des procédures dans les affaires DS593 et DS600.
[30] Voir Groupe spécial, communication aux parties (6 décembre 2021).
[31] Malaisie, observations sur la déclaration orale de l'Indonésie à la réunion d'organisation conjointe (6 septembre 2021).
[32] Groupe spécial, communication aux parties (6 décembre 2021).
[33] Groupe spécial, communication aux parties (6 décembre 2021).

des rapports intérimaires et finals.[34] L'Union européenne était également favorable à la tenue d'une seule réunion de fond, à la condition que cette réunion ait lieu en personne.[35]

1.19. Le 27 janvier 2022, le Groupe spécial a communiqué aux parties un projet de calendrier révisé de la procédure dans lequel était incluse une réunion de fond unique précédée du dépôt consécutif des deuxièmes communications écrites des parties.[36] La Malaisie s'est opposée au dépôt consécutif proposé des deuxièmes communications écrites des parties au motif que l'article 12:6 du Mémorandum d'accord exige que "[t]outes les communications écrites ultérieures [soient] présentées simultanément."[37] Selon elle, contrairement à ce qu'il peut faire avec les délais indiqués dans l'Appendice 3 du Mémorandum d'accord, le Groupe spécial ne peut s'écarter des règles énoncées dans le corps du Mémorandum d'accord, y compris celles qui figurent dans la dernière phrase de l'article 12.6.[38] Commentant les observations de la Malaisie, l'Union européenne a noté qu'il n'était pas rare que les communications soient échelonnées dans une procédure ne comportant qu'une seule audience du groupe spécial, y compris les procédures de mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.[39] Elle a fait valoir que suivre la suggestion de la Malaisie conduirait à ce que le dernier document présenté avant les deuxièmes communications écrites soit la première communication écrite de l'Union européenne. Par conséquent, en l'absence de nouvelles réactions de la Malaisie, l'Union européenne n'aurait pas grand-chose à ajouter aux arguments déjà présentés dans sa première communication écrite pour faire avancer le débat à ce stade de la procédure.[40] Dans ce contexte, l'Union européenne a souligné qu'il était important d'envoyer les questions suffisamment tôt avant la réunion de fond, si le Groupe spécial devait opter pour un dépôt simultané des deuxièmes communications écrites.[41] En réponse aux observations de l'Union européenne, la Malaisie a réitéré sa stricte opposition à un dépôt séquentiel des deuxièmes communications, se demandant dans quelle mesure l'"échelonnement" des communications écrites était courant dans les procédures de groupe spécial et notant le libellé clair de l'article 12:6 du Mémorandum d'accord, ainsi que le fait que la procédure en cours sortait du cadre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.[42] Après cet échange de vues, le Groupe spécial a informé les parties qu'il tiendrait une seule réunion de fond avec les parties, précédée d'un dépôt simultané de la deuxième communication écrite, et que toutes questions qu'il pourrait poser à la réunion de fond seraient, le cas échéant, envoyées aux parties suffisamment à l'avance.[43]

### 1.3.5 Mémoire d'*amicus curiae* non sollicité

1.20. Le 25 avril 2022, le Groupe spécial a reçu de l'Institut Veblen un mémoire d'*amicus curiae* non sollicité, qui avait été envoyé au Directeur de la Division des affaires juridiques de l'OMC puis transmis au Groupe spécial. Le 28 avril 2022, il a communiqué le document aux parties en les invitant à faire part de tous avis qu'elles auraient concernant la pertinence et la recevabilité du mémoire à la réunion de fond du Groupe spécial avec les parties.[44]

1.21. Le 5 mai 2022, la Malaisie a fait objection par écrit au mémoire d'*amicus curiae* et s'est réservé le droit de formuler d'autres observations sur la question oralement pendant la réunion de

[34] Malaisie, communication concernant la possibilité de tenir une seule réunion de fond (17 décembre 2021). Malaisie, observations sur la communication de l'Union européenne concernant la possibilité de tenir une seule réunion de fond (10 janvier 2022).
[35] Union européenne, communication concernant la possibilité de tenir une seule réunion de fond (17 décembre 2021); Union européenne, observations sur la communication de la Malaisie concernant la possibilité de tenir une seule réunion de fond (10 janvier 2022).
[36] Groupe spécial, communication aux parties concernant les révisions du calendrier proposées (27 janvier 2022).
[37] Malaisie, observations sur la communication du Groupe spécial concernant les révisions du calendrier proposées (31 janvier 2022).
[38] Malaisie, observations sur la communication du Groupe spécial concernant les révisions du calendrier proposées (31 janvier 2022).
[39] Union européenne, observations sur les observations de la Malaisie relatives à la communication du Groupe spécial concernant les révisions du calendrier proposées (3 février 2022).
[40] Union européenne, observations sur les observations de la Malaisie relatives à la communication du Groupe spécial concernant les révisions du calendrier proposées (3 février 2022).
[41] Union européenne, observations sur les observations de la Malaisie relatives à la communication du Groupe spécial concernant les révisions du calendrier proposées (3 février 2022).
[42] Union européenne, observations sur les observations de la Malaisie relatives à la communication du Groupe spécial concernant les révisions du calendrier proposées (3 février 2022).
[43] Groupe spécial, communication aux parties concernant le calendrier révisé (14 février 2022).
[44] Groupe spécial, communication aux parties concernant le mémoire d'*amicus curiae* (28 avril 2022).

fond ou par écrit.[45] Elle a noté la constatation de l'Organe d'appel selon laquelle le pouvoir discrétionnaire d'un groupe spécial de demander des renseignements et des avis techniques au titre de l'article 13 du Mémorandum d'accord s'étend aux mémoires d'*amici curiae* non sollicités. Elle a estimé que ce pouvoir discrétionnaire reposait toutefois sur des considérations relatives à la régularité de la procédure et qu'un mémoire d'*amicus curiae* pouvait être déposé à condition que ce ne soit pas au prix d'un retard indu dans la procédure de groupe spécial.[46] Dans ce contexte, la Malaisie s'est opposée à ce que le mémoire d'*amicus curiae* présenté par l'Institut Veblen soit examiné et accepté car, à son avis, il ne contenait aucun renseignement pertinent nouveau, il avait été présenté à un stade avancé de la procédure, et le fait de l'admettre porterait préjudice à ses droits procéduraux et à sa position dans la procédure, y compris en tant que pays en développement Membre.[47] Elle s'est également dite préoccupée par le fait qu'admettre le mémoire d'*amicus* exposait le Groupe spécial au risque d'être inondé par d'autres mémoires d'*amici curiae* non sollicités à un stade ultérieur de la procédure.[48]

1.22. L'Union européenne, sans présenter d'observations écrites sur la pertinence et la recevabilité du mémoire d'*amicus curiae* présenté par l'Institut Veblen, l'a par la suite joint en tant que pièce à sa déclaration liminaire à la réunion de fond du Groupe spécial.[49] Les parties n'ont présenté aucune autre observation concernant sa pertinence ou sa recevabilité.

## 2 ASPECTS FACTUELS

2.1. Les produits en cause dans le présent différend sont certains biocarburants dérivés de cultures oléagineuses (par exemple les biocarburants dérivés de l'huile de palme) produits à partir de matières premières provenant de cultures oléagineuses (par exemple l'huile de palme). Les matières premières pour biocarburants provenant de cultures oléagineuses peuvent être utilisées pour produire du biodiesel d'esters (esters méthyliques d'acide gras ou "EMAG") et du diesel renouvelable dérivé de l'hydrogénation (huile végétale hydrotraitée ou "HVH"). Les EMAG et le HVH sont tous deux admissibles en tant que contenu renouvelable pouvant être utilisé pour satisfaire aux prescriptions de la Directive RED II (qui sont présentées ci–après).

2.2. Les mesures en cause comprennent des mesures adoptées par l'Union européenne, la France et la Lituanie. Les mesures de l'UE contestées par la Malaisie[50] font partie de la politique de l'Union européenne en matière d'énergies renouvelables et, en particulier, de ce que l'Union européenne appelle son "régime applicable aux biocarburants" (régime de l'UE applicable aux biocarburants).[51] Le Groupe spécial commence donc par décrire ci–dessous ce contexte réglementaire, dans lequel ces mesures ont été adoptées, avant de passer à une description des aspects spécifiques contestés par la Malaisie.[52] Enfin, il décrit brièvement certains des concepts clés pertinents pour comprendre ces mesures.

2.3. La présente section porte sur les mesures en cause dans le présent différend. Les mesures et initiatives prises par la Malaisie pour réglementer l'affectation des sols, les changements dans l'affectation des sols, la déforestation et les aspects factuels connexes concernant la culture des oléagineux sont traitées dans la mesure où cela est nécessaire dans le contexte de l'évaluation faite par le Groupe spécial dans la section 7 du présent rapport.

[45] Malaisie, objection au mémoire d'*amicus curiae* présenté par l'Institut Veblen (5 mai 2022).
[46] Malaisie, objection au mémoire d'*amicus curiae* présenté par l'Institut Veblen (5 mai 2022) (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 107; *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 1.15).
[47] Malaisie, objection au mémoire d'*amicus curiae* présenté par l'Institut Veblen (5 mai 2022).
[48] Malaisie, objection au mémoire d'*amicus curiae* présenté par l'Institut Veblen (5 mai 2022).
[49] Union européenne, déclaration liminaire à la réunion du Groupe spécial, note de bas de page 1; Veblen Institute, Amicus Curia submission (pièce EU-216).
[50] Voir Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphes 10, 12 et 17.
[51] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 14.
[52] Les descriptions figurant dans la présente section sont sans préjudice d'aucune des déterminations ultérieures du Groupe spécial concernant l'indication ou le contenu des mesures spécifiques en cause dans le présent différend.

## 2.1 Contexte réglementaire général à l'échelle de l'UE

2.4. L'Union européenne indique plusieurs instruments juridiques qui comprennent le régime de l'UE applicable aux biocarburants, dont[53]:

a. la Directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (refonte), J.O. 2018 L 328, page 82 (RED II)[54];

b. le Règlement (UE) n° 2018/1999 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 sur la gouvernance de l'Union de l'énergie et de l'action pour le climat, modifiant les Règlements (CE) n° 663/2009 et (CE) n° 715/2009 du Parlement européen et du Conseil, les Directives 94/22/CE, 98/70/CE, 2009/31/CE, 2009/73/CE, 2010/31/UE, 2012/27/UE et 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil, les Directives 2009/119/CE et (UE) 2015/652 du Conseil et abrogeant le Règlement (UE) n° 525/2013 du Parlement européen et du Conseil, J.O. 2018 L 328, page 1 (Règlement (UE) 2018/1999)[55]; et

c. le Règlement délégué (UE) 2019/807 de la Commission du 13 mars 2019 complétant la Directive (UE) 2018/2001 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne, d'une part, la détermination des matières premières présentant un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone et, d'autre part, la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols, JO 2019 L 133, page 1 (Règlement délégué).[56]

2.5. Le Groupe spécial décrira d'abord ci–dessous certains des instruments juridiques de l'UE qui ont précédé l'adoption de la Directive RED II et du Règlement délégué, et qui fournissent le contexte pertinent de leur adoption.

## 2.2 Contexte des mesures spécifiques en cause

### 2.2.1 Directive 2003/30/CE, Directive RED I et amendements pertinents concernant les changements indirects dans l'affectation des sols (CIAS)

2.6. Le 8 mai 2003, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la Directive 2003/30/CE "visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transports".[57] La Directive 2003/30/CE a établi le cadre juridique relatif aux biocarburants et autres carburants renouvelables utilisés dans le secteur des transports.[58]

2.7. La Directive 2003/30/CE indiquait qu'il existait un lien entre la consommation d'énergie dans le secteur des transports et les émissions de gaz à effet de serre (GES), et que l'utilisation accrue des biocarburants était un moyen de répondre à ces préoccupations.[59] En outre, elle contenait des objectifs indicatifs pour les États membres de l'UE en ce qui concerne les quantités de biocarburants qui devraient être mises sur leur marché de l'énergie[60] et établissait que les objectifs obligatoires seraient pris en considération si les objectifs indicatifs nationaux n'étaient pas atteints.[61]

[53] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 15 à 19.
[54] Directive RED II (pièce MYS-90).
[55] Règlement (UE) 2018/1999 (pièce MYS-62).
[56] Règlement délégué (pièce MYS-91).
[57] Directive 2003/30/EC (pièce EU-17).
[58] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 196. L'Union européenne l'appelle la "première directive sur les "biocarburants"".
[59] Directive 2003/30/CE (pièce EU-17), considérants (3) à (6) et (22).
[60] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 199; Directive 2003/30/CE (pièce EU-17), article 3 1).
[61] Directive 2003/30/CE (pièce EU-17), article 4.2; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 199.

2.8. La Directive 2003/30/CE a été remplacée par la Directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (Directive RED I).[62] La Directive RED I a été adoptée par le Parlement européen et le Conseil européen sur la base d'une proposition présentée par la Commission européenne.[63]

2.9. La Directive RED I a introduit des objectifs globaux contraignants pour la part d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie dans les États membres de l'UE, y compris dans le secteur des transports.[64]

2.10. Dans la Directive RED I, le "biocarburant" est défini comme "un combustible liquide ou gazeux utilisé pour le transport et produit à partir de la biomasse" et l'"énergie produite à partir de sources renouvelables" est définie comme "une énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables".[65] La Directive RED I introduit un objectif obligatoire de 20% pour la part globale de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'Union européenne pour 2020[66], et un objectif obligatoire de 10% pour l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale d'énergie dans tous les modes de transport dans un État membre de l'UE pour la même date.[67]

2.11. La Directive RED I a également établi, pour chaque État membre de l'UE, un objectif global national pour la part d'énergie produite à partir de sources renouvelables en 2020.[68] Elle prescrit que les États membres de l'UE adoptent des plans d'action nationaux en matière d'énergies renouvelables en vue d'atteindre ces objectifs.[69]

2.12. Dans le cadre de la Directive RED I, les biocarburants ne pouvaient être pris en compte pour atteindre ces objectifs que s'ils respectaient certains critères de durabilité et atteignaient certains niveaux de réduction des émissions de GES.[70] L'introduction des critères de durabilité est expliquée au considérant 69 de la Directive RED I, reproduit en partie ci–après:

> L'accroissement de la demande mondiale de biocarburants et de bioliquides, et les mesures en faveur de leur utilisation prévues par la présente directive ne devraient pas avoir comme effet d'encourager la destruction de terres où la diversité biologique est riche. Ces ressources épuisables, dont la valeur pour l'humanité tout entière est reconnue dans plusieurs textes internationaux, devraient être préservées. Dans la Communauté, les consommateurs jugeraient, en outre, moralement inacceptable que l'utilisation accrue de biocarburants puisse avoir pour effet de détruire des terres riches en termes de diversité biologique. Compte tenu de ce qui précède, il est nécessaire de prévoir des critères de durabilité visant à s'assurer que les biocarburants et les bioliquides ne peuvent bénéficier de mesures d'encouragement que lorsqu'il peut être garanti qu'ils n'ont pas été fabriqués avec des matières premières cultivées dans des zones présentant de la valeur sur le plan de la diversité biologique ou, dans le cas de zones affectées à la protection de la nature ou à la protection d'écosystèmes ou d'espèces rares, menacées ou en voie de disparition, lorsque l'autorité compétente concernée prouve que la production des matières premières n'a pas altéré cette affectation. […]

2.13. L'article 17 de la Directive RED I énonce les critères de durabilité pour les biocarburants et les bioliquides. Pour respecter les critères de durabilité, les biocarburants devaient représenter une réduction de 35% des émissions de GES par rapport aux combustibles fossiles.[71] En outre, les matières premières provenant de terres de grande valeur en termes de diversité biologique ne pouvaient pas être prises en considération aux fins de la réalisation des objectifs.[72] L'article 17.3

[62] Directive RED I (pièce EU-19).
[63] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 206; Rapport du Parlement européen, FINAL A5-0244/2002 (pièce EU-18).
[64] Article 3.1 et 3.4, annexe I, Directive RED I.
[65] Article 2 i) et a) de la Directive RED I.
[66] Article 3.1 de la Directive RED I.
[67] Article 3.4 de la Directive RED I.
[68] Article 3.1 et annexe I de la Directive RED I.
[69] Article 4.1 de la Directive RED I
[70] Article 17.2 de la Directive RED I.
[71] Article 17.2 de la Directive RED I.
[72] Article 17.3 de la Directive RED I.

dispose que les terres "de grande valeur en termes de diversité biologique" sont celles qui possédaient le statut de forêts et autres surfaces boisées, de zones affectées par la loi à la protection de la nature, et de prairies présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité et respectant certains critères. Conformément à l'article 17.4 de la Directive RED I, les biocarburants ne peuvent pas être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs s'ils sont produits à partir de matières premières provenant de terres présentant un important stock de carbone. Enfin, l'article 17.5 dispose que les biocarburants ne seraient pas comptabilisés s'ils étaient fabriqués à partir de matières premières obtenues à partir de terres qui étaient des tourbières.

2.14. En 2009, le Conseil européen et le Parlement ont adopté la Directive 2009/30/CE (Directive sur la qualité des carburants). La Directive sur la qualité des carburants visait à traiter la question de l'intensité en GES des différents carburants en obligeant les États membres de l'UE à demander aux fournisseurs qu'ils réduisent les émissions de GES produites au cours du cycle de vie par unité d'énergie fournie pour les carburants et l'énergie à hauteur de 10% pour le 31 décembre 2020.[73] En outre, les biocarburants visés par la Directive sur la qualité des carburants sont soumis aux mêmes critères de durabilité que ceux de la Directive RED I. De même, le respect des critères était une condition préalable pour que les biocarburants puissent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de réduction des émissions de GES.[74]

2.15. En 2015, la Directive RED I et la Directive sur la qualité des carburants ont été modifiées par la Directive 2015/1513 (Directive CIAS).[75] L'un des buts déclarés de la Directive CIAS était de traiter les "incidences du changement indirect dans l'affectation des sols, étant donné que les biocarburants actuels [étaient] produits principalement à partir de cultures sur des terres agricoles existantes".[76] La Directive CIAS a également mis en œuvre les résultats d'un réexamen du risque de CIAS prévu à l'article 19 de la Directive RED I.[77] Le préambule de la Directive CIAS dispose que lorsqu'un changement indirect dans l'affectation des sols suppose la conversion de terres présentant un important stock de carbone, il peut entraîner des émissions notables de GES et, donc, annuler, en partie ou en totalité, les réductions d'émissions de GES liées aux différents biocarburants.[78]

2.16. 2.16. En outre, la Directive RED I envisageait de traiter ultérieurement les émissions de GES liées aux CIAS, après un réexamen des incidences des CIAS sur les émissions de GES.[79] Un réexamen a été effectué en 2012, qui comprenait une évaluation des incidences de différentes options de politique pour traiter les CIAS dans le contexte de la politique de l'Union européenne visant à promouvoir les sources d'énergies renouvelables et à limiter les émissions de GES.[80] C'était le principal objectif de la Directive CIAS, qui modifiait la Directive RED I et définissait le CIAS aux fins du régime de l'UE applicable aux biocarburants.[81] Le CIAS est décrit comme suit dans la Directive CIAS:

> Lorsque des pâturages ou des terres agricoles destinés auparavant aux marchés de l'alimentation humaine ou animale sont convertis pour la production de biocarburants, la demande de produits autres que le carburant devra néanmoins être satisfaite, soit par l'intensification de la production actuelle, soit par la mise en production d'autres

[73] Directive sur la qualité des carburants (pièce EU-25), article 1.5, page 12.
[74] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 228; Directive sur la qualité des carburants (pièce EU-25), article 1.6, page 18.
[75] Directive CIAS (pièce MYS-168).
[76] Directive CIAS (pièce MYS-168), considérant (4), page 2.
[77] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 228; voir aussi la Directive CIAS (pièce MYS-168), considérants (16) et (28), pages 4 et 6.
[78] Directive CIAS (pièce MYS-168), considérants (4) et (5), page 2.
[79] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 323; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 222. Voir aussi la Directive RED I (pièce EU-19), article 19.6, page 41, qui indique ce qui suit dans sa partie pertinente:
La Commission présente, le 31 décembre 2010 au plus tard, au Parlement européen et au Conseil, un rapport sur l'impact du changement indirect dans l'affectation des sols sur les émissions de gaz à effet de serre et sur les moyens de réduire cet impact au minimum. Ce rapport s'accompagne, le cas échéant, d'une proposition s'appuyant sur les meilleures preuves scientifiques disponibles, contenant une méthodologie concrète à appliquer aux émissions découlant des changements survenus dans les stocks de carbone en raison de changements indirects dans l'affectation des sols, afin d'assurer le respect de la présente directive, et notamment de son article 17, paragraphe 2.
[80] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 230.
[81] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 333; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 230.

> terres non agricoles. Ce dernier cas constitue un [CIAS] et, lorsqu'il s'agit de la conversion de terres présentant un important stock de carbone, cela peut entraîner des émissions notables de gaz à effet de serre. […][82]

2.17. La Directive CIAS a introduit une limitation de la part des biocarburants *produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale* qui pourraient être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables. Le préambule de la Directive CIAS explique cette limitation comme suit:

> Pour *préparer le passage à des biocarburants avancés et réduire au minimum l'impact global sur les changements indirects dans l'affectation des sols*, il convient de limiter les quantités de biocarburants et de bioliquides produites à partir de céréales et d'autres plantes riches en amidon, sucrières et oléagineuses et à partir de cultures cultivées en tant que cultures principales essentiellement à des fins de production d'énergie sur des terres agricoles qui peuvent être comptabilisées aux fins de la réalisation des objectifs énoncés dans la [présente] directive, sans limiter l'utilisation globale de tels biocarburants et bioliquides. […][83]

2.18. La Directive CIAS prévoit aussi que les "émissions estimatives provisoires moyennes liées aux [CIAS]" devraient être incluses dans le rapport relatif aux émissions de GES imputables aux biocarburants et bioliquides en application de la Directive RED I[84] et que La Commission européenne devrait examiner l'efficacité des mesures instaurées par la Directive CIAS, "sur la base des données scientifiques disponibles les meilleures et les plus récentes, aux fins de la limitation des incidences des émissions de gaz à effet de serre liées aux changements indirects dans l'affectation des sols et de la recherche de moyens permettant de réduire encore davantage ces incidences".[85]

2.19. La Directive CIAS a introduit une modification de la Directive RED I pour exiger des États membres de l'UE qu'ils limitent les quantités de biocarburants et de bioliquides produites à partir de céréales et d'autres plantes riches en amidon, sucrières et oléagineuses et à partir de cultures cultivées en tant que cultures principales essentiellement à des fins de production d'énergie sur des terres agricoles à 7% de la consommation finale d'énergie dans les transports dans les États membres de l'UE en 2020.[86] En outre, des définitions additionnelles ont été établies, y compris pour les "biocarburants … présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols".[87]

2.20. En novembre 2016, la Commission européenne a présenté une proposition de directive de "refonte". Cette proposition comprend une évaluation des incidences, dans laquelle diverses options politiques sont envisagées "pour promouvoir la décarbonisation et la diversification énergétique des carburants utilisés pour le transport, tout en traitant les changements indirects dans l'affectation des sols (CIAS) associés aux biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine".[88]

2.21. En 2017, la Commission européenne a présenté un rapport d'étude (Rapport d'étude (2017)) conformément à la Directive RED I, telle que modifiée par la Directive CIAS, "pour recueillir des renseignements complets et fournir une analyse systématique sur les dernières recherches scientifiques disponibles et les preuves scientifiques les plus récentes disponibles sur les émissions de gaz à effet de serre liées aux changements indirects dans l'affectation des sols (CIAS) associées à la production de biocarburants et de bioliquides".[89]

---

[82] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 325 (faisant référence à la Directive CIAS (pièce MYS-168), considérant (4), page 2).

[83] Considérant 17 de la Directive CIAS. (pas de mise en relief dans l'original) Le même texte figure également dans le considérant 80 de la Directive RED II, avec une référence supplémentaire à l'impact sur les changements "directs et indirects" dans l'affectation des sols. (Voir aussi Malaisie, première communication écrite, paragraphe 324.)

[84] Considérant 21 de la Directive CIAS.

[85] Considérant 34 de la Directive CIAS.

[86] Article 2 2) b) iv) de la Directive CIAS.

[87] Article 2 1) w) de la Directive CIAS.

[88] Proposition de Directive RED II (pièce EU-8), pages 16 et 17.

[89] Rapport d'étude (2017) (pièce EU-28).

### 2.2.2 Directive RED II

2.22. La Directive RED II est une "refonte" de la Directive RED I.[90] Tout comme la Directive RED I, elle établit un cadre commun pour la promotion des énergies renouvelables dans l'Union européenne.[91]

2.23. Le sujet de la Directive RED II est décrit à l'article premier, qui est libellé comme suit:

> La présente directive définit un cadre commun pour la promotion de la production d'énergie à partir de sources renouvelables. Elle fixe un objectif contraignant de l'Union concernant la part globale de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'Union en 2030. Elle établit également des règles concernant l'aide financière en faveur de l'électricité produite à partir de sources renouvelables, l'autoconsommation de cette électricité et l'utilisation d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans le secteur du chauffage et du refroidissement et dans celui des transports, la coopération régionale entre États membres et entre les États membres et des pays tiers, les garanties d'origine, les procédures administratives, ainsi que l'information et la formation. Elle définit en outre des critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre pour les biocarburants, les bioliquides et les combustibles issus de la biomasse.

#### 2.2.2.1 Prescriptions générales

2.24. Les expressions "énergie produite à partir de sources renouvelables" ou "énergie renouvelable" sont définies comme suit à l'article 2 1) de la Directive RED II:

> une énergie produite à partir de sources non fossiles renouvelables, à savoir l'énergie éolienne, l'énergie solaire (solaire thermique et solaire photovoltaïque) et géothermique, l'énergie ambiante, l'énergie marémotrice, houlomotrice et d'autres énergies marines, l'énergie hydroélectrique, la biomasse, les gaz de décharge, les gaz des stations d'épuration d'eaux usées et le biogaz.

2.25. La Directive RED II demande aux États membres de l'UE de veiller à ce qu'au moins 32% de l'énergie consommée dans l'Union européenne en 2030 soit une énergie produite à partir de sources renouvelables.[92] Les États membres de l'UE doivent atteindre cet objectif collectivement grâce à des contributions nationales fixées dans le cadre des plans nationaux intégrés en matière d'énergie et de climat.[93] L'article 3.1 de la Directive RED II dispose ce qui suit:

> Les États membres veillent collectivement à ce que la part d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'Union en 2030 soit d'au moins 32%. La Commission évalue cet objectif, en vue de présenter d'ici à 2023 une proposition législative destinée à l'augmenter en cas de nouvelle baisse sensible des coûts de la production d'énergies renouvelables, si cela est nécessaire afin de respecter les engagements internationaux pris par l'Union en matière de décarbonisation, ou si une diminution importante de la consommation d'énergie dans l'Union justifie cette augmentation.

2.26. L'article 7 de la Directive RED II énonce des règles générales pour le calcul de la part de l'énergie "produite à partir de sources renouvelables" aux fins des contributions nationales des États membres de l'UE. Conformément au premier alinéa de l'article 7.1 de la Directive RED II, la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans chaque État membre est calculée comme étant la somme:

> a) de la consommation finale brute d'électricité produite à partir de sources renouvelables;

[90] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 249.
[91] Directive RED II (pièce MYS-90).
[92] Article 3.1 de la Directive RED II.
[93] Article 3.2 de la Directive RED II.

b) de la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans le secteur du chauffage et du refroidissement; et

c) de la consommation finale d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans le secteur des transports.

2.27. En ce qui concerne le premier alinéa, point a), b) ou c), aux fins du calcul de la part de la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables, le gaz, l'électricité et l'hydrogène produits à partir de sources renouvelables ne doivent entrer en ligne de compte qu'une seule fois.[94]

#### 2.2.2.2 Prescriptions relatives à l'utilisation de l'énergie renouvelable dans le secteur des transports

2.28. Conformément à l'article 25.1 de la Directive RED II:

> Afin d'intégrer l'utilisation de l'énergie renouvelable dans le secteur des transports, chaque État membre impose une obligation aux fournisseurs de carburants afin de faire en sorte que, d'ici à 2030, la part de l'énergie renouvelable dans la consommation finale d'énergie dans le secteur des transports atteigne au moins 14% (part minimale), conformément à une trajectoire indicative définie par l'État membre en question et calculée conformément à la méthode établie dans le présent article et aux articles 26 et 27. La Commission évalue cette obligation, en vue de présenter une proposition législative d'ici à 2023 destinée à l'augmenter en cas de nouvelle baisse sensible des coûts de la production d'énergie renouvelable, si cela est nécessaire afin de respecter les engagements internationaux pris par l'Union en matière de décarbonisation ou si cela est justifié en raison d'une diminution importante de la consommation d'énergie dans l'Union.

2.29. Conformément à l'article 7.4 de la Directive RED II, aux fins du paragraphe 1, premier alinéa, point c) (à savoir le secteur des transports), les prescriptions suivantes s'appliquent:

a) La consommation finale d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans le secteur des transports est calculée comme la somme de tous les biocarburants, combustibles issus de la biomasse et carburants liquides et gazeux renouvelables destinés au secteur des transports, d'origine non biologique, consommés dans le secteur des transports. Toutefois, les carburants liquides et gazeux renouvelables destinés au secteur des transports, d'origine non biologique, élaborés au moyen d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables ne sont pris en compte dans le calcul visé au paragraphe 1, premier alinéa, point a), que pour le calcul de la quantité d'électricité produite à partir de sources renouvelables dans un État membre.

b) Aux fins du calcul de la consommation finale d'énergie dans le secteur des transports, les valeurs figurant à l'annexe III relatives au contenu énergétique des carburants destinés au secteur des transports sont utilisées. Pour déterminer le contenu énergétique des carburants destinés au transport ne figurant pas à l'annexe III, les États membres utilisent les normes pertinentes de l'Organisation européenne de normalisation (ESO) afin de déterminer les pouvoirs calorifiques des carburants. Lorsqu'aucune norme ESO n'a été adoptée à cette fin, les États membres utilisent les normes pertinentes de l'Organisation internationale de normalisation (ISO).

2.30. Le biocarburant est défini comme étant "un carburant liquide utilisé pour le transport et produit à partir de la biomasse".[95] Le bioliquide est défini comme étant "un combustible ou carburant liquide destiné à des usages énergétiques autres que pour le transport, y compris la production d'électricité, le chauffage et le refroidissement, et produit à partir de la biomasse".[96] Les

[94] Article 7.1 de la Directive RED II.
[95] Article 2 33) de la Directive RED II.
[96] Article 2 32) de la Directive RED II.

combustibles ou carburants issus de la biomasse sont définis comme étant "les combustibles ou carburants solides et gazeux produits à partir de la biomasse".[97]

2.31. L'article 25.1 de la Directive RED II prévoit en outre que les États membres imposent cette obligation entre autres au moyen de mesures visant les volumes, le contenu énergétique ou les émissions de GES, pour autant qu'il soit démontré que les parts minimales ont été atteintes.

2.32. L'article 27 de la Directive RED II contient des règles de calcul concernant les parts minimales d'énergie renouvelable dans le secteur des transports mentionnées à l'article 25, paragraphe 1, premier et quatrième alinéas.

#### 2.2.2.3 Prescriptions applicables aux biocarburants, aux bioliquides et aux combustibles issus de la biomasse

2.33. Le dernier paragraphe de l'article 7.1 de la Directive RED II prévoit que les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse ne peuvent être pris en compte dans ce calcul que s'ils satisfont à certains critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES).

2.34. Les critères de durabilité sont énoncés à l'article 29 de la Directive RED II. Conformément à cet article, les biocarburants, les bioliquides et les combustibles issus de la biomasse produits à partir de la biomasse agricole:

a. ne sont pas produits à partir de matières premières provenant de terres de grande valeur en termes de diversité biologique, c'est–à–dire de terres qui possèdent le statut de forêts primaires et autres surfaces boisées primaires, de forêts très riches en biodiversité et autres surfaces boisées riches en espèces et non dégradées ou identifiées comme présentant une grande valeur sur le plan de la biodiversité, de la protection d'écosystèmes ou d'espèces rares, menacés ou en voie de disparition, reconnues par des accords internationaux, sauf à produire des éléments attestant que la production de ces matières premières n'a pas compromis ces objectifs de protection de la nature.[98]

b. ne sont pas produits à partir de matières premières provenant de terres présentant un important stock de carbone, c'est–à–dire de terres qui possédaient l'un des statuts suivants, en janvier 2008, et qui ne possèdent plus ce statut[99]:

   i. zones humides, c'est–à–dire des terres couvertes ou saturées d'eau en permanence ou pendant une partie importante de l'année;

   ii. zones forestières continues, c'est–à–dire une étendue de plus d'un hectare caractérisée par un peuplement d'arbres d'une hauteur supérieure à cinq mètres et des frondaisons couvrant plus de 30% de sa surface, ou par un peuplement d'arbres pouvant atteindre ces seuils *in situ*;

   iii. étendue de plus d'un hectare caractérisée par un peuplement d'arbres d'une hauteur supérieure à cinq mètres et un couvert forestier couvrant entre 10 et 30% de sa surface, ou par un peuplement d'arbres pouvant atteindre ces seuils *in situ*, à moins qu'il n'ait été prouvé que le stock de carbone de la zone, avant et après sa conversion, est tel que, quand la méthodologie établie à l'annexe V, partie C, est appliquée, les conditions prévues au paragraphe 10 du présent article sont remplies.

c. ne sont pas fabriqués à partir de matières premières obtenues à partir de terres qui étaient des tourbières, en janvier 2008, à moins qu'il n'ait été prouvé que la culture et la récolte

[97] Article 2 27) de la Directive RED II. La biomasse est à son tour définie comme "la fraction biodégradable des produits, des déchets et des résidus d'origine biologique provenant de l'agriculture, y compris les substances végétales et animales, de la sylviculture et des industries connexes, y compris la pêche et l'aquaculture, ainsi que la fraction biodégradable des déchets, notamment les déchets industriels et municipaux d'origine biologique" (article 2 24) de la Directive RED II).

[98] Article 29.3 de la Directive RED II.

[99] Article 29.4 de la Directive RED II.

de ces matières premières n'impliquent pas le drainage des sols auparavant non drainés.[100]

2.35. L'article 29.10 de la Directive RED II énonce également les critères de réduction des émissions de GES suivants:

> 10. La réduction des émissions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation des biocarburants, des bioliquides et des combustibles issus de la biomasse pris en considération aux fins visées au paragraphe 1 est:
>
> a) d'au minimum 50% pour les biocarburants, le biogaz consommé dans le secteur des transports et les bioliquides produits dans des installations mises en service le 5 octobre 2015 ou avant cette date;
>
> b) d'au minimum 60% pour les biocarburants, le biogaz consommé dans le secteur des transports et les bioliquides produits dans des installations mises en service du 6 octobre 2015 au 31 décembre 2020;
>
> c) d'au minimum 65% pour les biocarburants, le biogaz consommé dans le secteur des transports et les bioliquides produits dans des installations mises en service à partir du 1er janvier 2021;
>
> d) d'au minimum 70% pour la production d'électricité, de chaleur et de froid à partir de combustibles issus de la biomasse utilisés dans des installations mises en service du 1er janvier 2021 au 31 décembre 2025 et d'au minimum 80% pour les installations mises en service à partir du 1er janvier 2026.
>
> Une installation est considérée comme étant en service une fois que la production physique de biocarburants, de biogaz consommé dans le secteur des transports et de bioliquides, et que la production physique de chaleur et de froid et d'électricité à partir de combustibles issus de la biomasse y a débuté.
>
> La réduction des émissions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation de biocarburants, de biogaz consommé dans le secteur des transports, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse dans des installations produisant de la chaleur, du froid et de l'électricité est calculée conformément à l'article 31, paragraphe 1.

2.36. Afin de déterminer les réductions d'émissions de GES liées aux biocarburants, l'Union européenne applique une analyse du cycle de vie (ACV). L'annexe V de la Directive RED II détaille la méthode ACV pour le calcul des émissions de GES résultant de la production et de l'utilisation des biocarburants.[101] Cette méthode inclut l'examen des émissions de GES dues aux modifications des stocks de carbone causées par les changements dans l'affectation des sols (CAS).[102] Ces émissions liées aux CIAS sont calculées en fonction: 1) du stock de carbone par unité de surface associé à l'affectation des sols de référence (avant le changement dans l'affectation des sols); 2) du stock de carbone par unité de surface associé à l'affectation des sols réelle; 3) de la productivité des cultures

[100] Article 29.5 de la Directive RED II.

[101] L'annexe V de la Directive RED II fixe aussi les valeurs types et par défaut pour le calcul des réductions d'émissions de GES liées aux biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse. Par exemple, la valeur par défaut des réductions d'émissions de GES liées au biogazole d'huile de palme est de 19% en cas de traitement dans un bassin ouvert pour effluents, et de 45% en cas de traitement par piégeage du méthane provenant de l'huilerie. La Directive RED II stipule également que "[l]a Commission révise, le 31 décembre 2020 au plus tard, les lignes directrices pour le calcul des stocks de carbone dans les sols, élaboré sur la base des lignes directrices 2006 du GIEC pour les inventaires nationaux de gaz à effet de serre – volume 4 et conformément au règlement (UE) n° 525/2013 et au règlement (UE) 2018/841 du Parlement européen et du Conseil. Les lignes directrices de la Commission servent de base pour le calcul des stocks de carbone dans les sols aux fins de la présente directive". Voir l'annexe V.C.10 de la Directive RED II (notes de bas de page omises).

[102] Voir l'annexe V de la Directive RED II.

(mesurée en quantité d'énergie produite par des biocarburants par unité de surface); et 4) du point de savoir si la biomasse est obtenue à partir de terres dégradées restaurées.[103]

2.37. L'article 30 de la Directive RED II prévoit en outre la "Vérification du respect des critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre". La partie pertinente de l'article 30.1 dispose ce qui suit:

> Lorsque les biocarburants, les bioliquides, et les combustibles issus de la biomasse ou d'autres carburants pouvant être comptabilisés dans le numérateur visé à l'article 27, paragraphe 1, point b), doivent être pris en considération aux fins visées aux articles 23 et 25, ainsi qu'à l'article 29, paragraphe 1, premier alinéa, points a), b) et c), les États membres font obligation aux opérateurs économiques de montrer que les critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre énoncés à l'article 29, paragraphes 2 à 7 et paragraphe 10, ont été respectés. […]

et ce qui suit:

> À ces fins, ils exigent des opérateurs économiques qu'ils utilisent un système de bilan massique […][104] Le système de bilan massique garantit que chaque lot n'est comptabilisé qu'une seule fois à l'article 7, paragraphe 1, premier alinéa, point a), b) ou c), aux fins du calcul de la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables et il comprend des informations sur l'octroi ou non d'une aide à la production de ce lot et, le cas échéant, sur le type de régime d'aide.

2.38. La Directive RED II fait une autre distinction entre les "biocarburants avancés", définis comme étant les biocarburants produits à partir des matières premières énumérées à l'annexe IX, partie A de la Directive RED II[105], et les biocarburants qui ne sont pas produits à partir des matières premières énumérées à l'annexe IX, partie A de la Directive RED II. Les biocarburants produits à

---

[103] Voir l'annexe V.C.7 de la Directive RED II. Voir aussi plus loin la section 2.7 sur la production de biocarburants conventionnels et les changements d'affectation des sols.

[104] Conformément à l'article 30.1 de la Directive RED II, le système de bilan massique est un système qui:

> "a) permet à des lots de matières premières ou de combustibles ou carburants présentant des caractéristiques de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre différentes d'être mélangés par exemple, dans un conteneur, dans une installation de transformation ou une installation logistique ou un site de traitement, ou dans des infrastructures ou sites de transport et de distribution; b) permet à des lots de matières premières de contenus énergétiques différents d'être mélangés en vue de transformations ultérieures, à condition que la taille du lot soit adaptée en fonction du contenu énergétique; c) requiert que des informations relatives aux caractéristiques de durabilité, aux caractéristiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre et au volume des lots visés au point a) restent associées au mélange; et d) prévoit que la somme de tous les lots prélevés sur le mélange soit décrite comme ayant les mêmes caractéristiques de durabilité, dans les mêmes quantités, que la somme de tous les lots ajoutés au mélange et impose que ce bilan soit réalisé dans un délai approprié."

[105] Article 2 34) de la Directive RED II; l'annexe IX, partie A de la Directive RED II énumère ce qui suit:

> "a) algues si cultivées à terre dans des bassins ou des photobioréacteurs; b) fraction de la biomasse correspondant aux déchets municipaux en mélange, mais pas aux déchets ménagers triés relevant des objectifs de recyclage fixés à l'article 11, paragraphe 2, point a), de la directive 2008/98/CE; c) biodéchets tels que définis à l'article 3, point 4), de la directive 2008/98/CE, provenant de ménages privés et faisant l'objet d'une collecte séparée au sens de l'article 3, point 11), de ladite directive; d) fraction de la biomasse correspondant aux déchets industriels impropres à un usage dans la chaîne alimentaire humaine ou animale, comprenant les matières provenant du commerce de détail et de gros ainsi que des industries de l'agroalimentaire, de la pêche et de l'aquaculture, et excluant les matières premières visées dans la partie B de la présente annexe; e) paille; f) fumier et boues d'épuration; g) effluents d'huileries de palme et rafles; h) brai de tallol; i) glycérine brute; j) bagasse; k) marcs de raisins et lies de vin; l) coques; m) balles (enveloppes); n) râpes; o) fraction de la biomasse correspondant aux déchets et résidus provenant de la sylviculture et de la filière bois, c'est-à-dire les écorces, branches, produits des éclaircies précommerciales, feuilles, aiguilles, cimes d'arbres, sciures de bois, éclats de coupe, la liqueur noire, la liqueur brune, les boues de fibre, la lignine et le tallol; p) autres matières cellulosiques non alimentaires; q) autres matières ligno-cellulosiques à l'exception des grumes de sciage et de placage."

partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale ne figurent pas dans l'annexe IX, partie A. Il s'agit de biocarburants dits "conventionnels".

2.39. Les règles de calcul applicables aux biocarburants sont les suivantes:

a. une part minimale visée pour les biocarburants avancés fixée à 0,2% de la consommation finale d'énergie dans le secteur des transports en 2022, à 1% en 2025 et à 3,5% en 2030[106]; et

b. une part maximale pour les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale.[107]

2.40. Le détail des règles de calcul concernant les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale est présenté ci–après, en même temps que la description des mesures en cause qui sont contestées par la Malaisie dans la présente procédure.

### 2.3 Mesures spécifiques de l'UE en cause

2.41. L'article 26 de la Directive RED II contient des règles spécifiques pour le calcul de la consommation finale, dans un État membre de l'UE, d'énergie produite à partir de sources renouvelables en ce qui concerne les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale.

2.42. Les cultures destinées à l'alimentation humaine et animale sont définies comme étant "les plantes riches en amidon, les plantes sucrières ou les plantes oléagineuses, produites sur des terres agricoles à titre de culture principale, à l'exclusion des résidus, des déchets ou des matières ligno-cellulosiques et les cultures intermédiaires telles que les cultures dérobées et les cultures de couverture, pour autant que l'utilisation de ces cultures intermédiaires ne crée pas une demande de terres supplémentaires".[108]

2.43. Ces règles fixent des limites à la contribution que ces biocarburants peuvent apporter aux objectifs de consommation décrits plus haut.[109] Les règles décrites ci–après sont l'objet principal du présent différend.

#### 2.3.1 Part maximale de 7% de biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale

2.44. La limite de la contribution des biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale qui peut être comptabilisée aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables a été introduite pour la première fois dans la Directive CIAS[110] et a été maintenue dans la Directive RED II.

2.45. L'article 26.1 de la Directive RED II est libellé comme suit:

> Aux fins du calcul, dans un État membre donné, de la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables visée à l'article 7 et de la part minimale visée à l'article 25, paragraphe 1, premier alinéa, la part des biocarburants et des bioliquides, ainsi que des combustibles issus de la biomasse consommés dans le secteur des transports, lorsqu'ils sont produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, ne dépasse pas de plus de un point de pourcentage la part de ces carburants dans la consommation finale d'énergie dans les secteurs des transports routier et ferroviaire dans cet État membre en 2020, avec un maximum de

[106] Article 25.1 de la Directive RED II.
[107] Article 26.1 de la Directive RED II.
[108] Article 2 40) de la Directive RED II. Les plantes riches en amidon sont définies comme étant "les plantes comprenant principalement des céréales, indépendamment du fait qu'on utilise les graines seules ou la plante entière, comme dans le cas du maïs vert; des tubercules et des racines comestibles, tels que les pommes de terre, les topinambours, les patates douces, le manioc et l'igname; ainsi que des cormes, tels que le taro et le cocoyam". (Article 2 39) de la Directive RED II)
[109] Voir plus haut le paragraphe 2.28.
[110] Voir plus haut le paragraphe 2.16.

> 7% de la consommation finale d'énergie dans les secteurs des transports routier et ferroviaire dans ledit État membre.
>
> Lorsque cette part est inférieure à 1% dans un État membre, elle peut être portée à 2% maximum de la consommation finale d'énergie dans les secteurs des transports routier et ferroviaire.
>
> Les États membres peuvent fixer une limite inférieure et peuvent opérer une distinction aux fins de l'article 29, paragraphe 1, entre différents biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, en tenant compte des meilleures données disponibles relatives à l'impact des changements indirects dans l'affectation des sols. Les États membres peuvent par exemple fixer une limite inférieure pour la part des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de plantes oléagineuses.
>
> Lorsque la part des biocarburants et bioliquides ainsi que des combustibles issus de la biomasse consommés dans le secteur des transports, produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale dans un État membre, est limitée à une part inférieure à 7% ou qu'un État membre décide de limiter plus encore cette part, cet État membre peut réduire en conséquence la part minimale visée à l'article 25, paragraphe 1, premier alinéa, de 7 points de pourcentage au maximum.

2.46. La Malaisie appelle ces règles "la limitation de 7%"[111] et l'Union européenne une "part maximale de 7%".[112]

### 2.3.2 Le "plafond pour risque élevé de CIAS" et l'"élimination progressive pour risque élevé de CIAS"

2.47. La Directive RED II plafonne également la contribution que les biocarburants présentant un "risque élevé de CIAS" peuvent apporter à l'objectif de consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables de l'UE dans le secteur des transports. C'est ce que les parties décrivent comme le "plafond pour risque élevé de CIAS" ou "plafond".

2.48. La Directive RED II diminue aussi progressivement la contribution des biocarburants présentant un "risque élevé de CIAS" qui peut être comptabilisée aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables. C'est ce que les parties décrivent comme l'"élimination progressive pour risque élevé de CIAS" ou "élimination progressive".

2.49. La Malaisie fait référence à ces deux règles en tant que mesures distinctes, à savoir "le plafond pour risque élevé de CIAS" et "l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS".[113]

2.50. L'article 26.2 de la Directive RED II dispose ce qui suit:

> Aux fins du calcul, dans un État membre donné, de la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables visée à l'article 7 et de la part minimale visée à l'article 25, paragraphe 1, premier alinéa, la part des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, présentant un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols et dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone, n'excède pas le niveau de consommation de ces combustibles ou carburants dans l'État membre concerné enregistré en 2019, à moins que les produits en question ne soient certifiés comme étant des biocarburants, bioliquides ou combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols conformément au présent paragraphe.

---

[111] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 385.
[112] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 541.
[113] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 387.

À compter du 31 décembre 2023 et jusqu'au 31 décembre 2030 au plus tard, cette limite diminue progressivement pour s'établir à 0%.

Le 1er février 2019 au plus tard, la Commission présente au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'expansion, à l'échelle mondiale, de la production des cultures destinées à l'alimentation humaine et animale concernées.

Le 1er février 2019 au plus tard, la Commission adopte un acte délégué conformément à l'article 35 pour compléter la présente directive en définissant les critères pour la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols et pour la détermination des matières premières présentant un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols et dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone. Le rapport et l'acte délégué l'accompagnant sont fondés sur les meilleures données scientifiques disponibles.

Le 1er septembre 2023 au plus tard, la Commission réexamine les critères définis dans les actes délégués visés au quatrième alinéa, sur la base des meilleures données scientifiques disponibles, et elle adopte des actes délégués conformément à l'article 35 modifiant, au besoin, lesdits critères et comprenant une trajectoire pour la diminution progressive de la contribution à l'objectif de l'Union défini à l'article 3, paragraphe 1, et à la part minimale visée à l'article 25, paragraphe 1, premier alinéa, des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols et qui sont produits à partir de matières premières dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone.

2.51. Le Règlement délégué, qui a été adopté le 13 mars 2019 pour mettre en œuvre l'article 26.2 de la Directive RED II, contient les critères permettant de déterminer quelles cultures présentent un "risque élevé de CIAS". L'article 3 du Règlement délégué, qui énonce les critères cumulatifs qui s'appliquent, et qui fait référence à l'annexe et au mécanisme de réexamen prévu à l'article 7 du Règlement délégué, est libellé comme suit:

Article 3

Critères servant à déterminer les matières premières présentant un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone

Aux fins de déterminer les matières premières qui présentent un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols et dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone, les critères cumulatifs suivants s'appliquent:

a) l'expansion annuelle moyenne de la zone de production mondiale des matières premières depuis 2008 est supérieure à 1% et affecte plus de 100 000 hectares; et

b) la part de cette expansion sur des terres présentant un important stock de carbone est supérieure à 10%, conformément à la formule suivante:

$$x_{hcs} = \frac{x_f + 2{,}6x_p}{PF}$$

où

xhcs = part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone;

$x_f$ = part de l'expansion sur des terres visées à l'article 29, paragraphe 4, points b) et c), de la [Directive RED II];

xp = part de l'expansion sur des terres visées à l'article 29, paragraphe 4, point a), de la [Directive RED II] y compris les tourbières;

*PF* = facteur de productivité.

PF est égal à 1,7 pour le maïs, 2,5 pour l'huile de palme, 3,2 pour la betterave sucrière, 2,2 pour la canne à sucre et 1 pour toutes les autres cultures.

L'application des critères établis aux points a) et b) ci–dessus est fondée sur les informations figurant dans l'annexe, telle que révisée conformément à l'article 7.

2.52. Ce critère doit être pris conjointement avec les valeurs figurant dans l'annexe du Règlement délégué, qui sont reproduites ci–dessous dans le tableau 1.

**Tableau 1: Valeurs figurant dans l'annexe du Règlement délégué**

| | Extension annuelle moyenne de la surface de production depuis 2008 (kha) | Extension annuelle moyenne de la surface de production depuis 2008 (%) | Part de l'extension gagnée sur les terres visées à l'article 29, paragraphe 4, points b) et c), de la directive (UE) 2018/2001 | Part de l'extension gagnée sur les terres visées à l'article 29, paragraphe 4, point a), de la directive (UE) 2018/2001 |
|---|---|---|---|---|
| Céréales | | | | |
| Blé | - 263,4 | - 0,1% | 1% | - |
| Maïs | 4 027,5 | 2,3% | 4% | - |
| Cultures sucrières | | | | |
| Canne à sucre | 299,8 | 1,2% | 5% | - |
| Betterave sucrière | 39,1 | 0,9% | 0,1% | - |
| Cultures oléagineuses | | | | |
| Colza | 301,9 | 1,0% | 1% | - |
| Huile de palme | 702,5 | 4,0% | 45% | 23% |
| Soja | 3 183,5 | 3,0% | 8% | - |
| Tournesol | 127,3 | 0,5% | 1% | - |

Source: Règlement délégué.

2.53. Un rapport d'état présenté en même temps que le Règlement délégué fournit des informations liées aux critères définis dans le Règlement délégué.[114] En particulier, il explique les données sur l'expansion des matières premières et les sources de ces données, figurant dans l'annexe du Règlement délégué, et développe la méthodologie utilisée et la conception de la formule.[115]

2.54. Actuellement, le biocarburant dérivé de l'huile de palme est le seul biocarburant conventionnel qui, après application de la formule, peut être considéré comme présentant un "risque élevé de CIAS".[116] On obtient ce résultat en examinant le double seuil de l'expansion annuelle moyenne de la zone de production mondiale conformément à l'article 3 a) du Règlement délégué et en appliquant la formule conformément à l'article 3 b) du Règlement délégué.[117] Les données sur l'expansion des matières premières figurent dans l'annexe du Règlement délégué. Le tableau 2, établi par le Groupe spécial sur la base des renseignements contenus dans le Règlement délégué, illustre ces calculs en appliquant la formule à chaque matière première.

[114] Rapport d'état (2019) (pièce MYS-92).
[115] Les parties sont en désaccord en ce qui concerne le fondement scientifique du rapport d'état.
[116] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 733; Malaisie, première communication écrite, paragraphe 939.
[117] Lorsque la formule est appliquée, les données sur l'expansion des matières premières, indiquées dans le rapport d'état, sont considérées comme des variables qui sont combinées aux valeurs fixes et aux constantes (le facteur de productivité et le multiplicateur de 2,6 appliqué aux tourbières).

**Tableau 2: Illustration des calculs au titre du Règlement délégué**

| | Article 3 a) | | Article 3 b) | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Extension annuelle moyenne de la surface de production depuis 2008 (kha) | Extension annuelle moyenne de la surface de production depuis 2008 (%) | $X_f$ | $X_p$ | PF | Formule appliquée à chaque matière première |
| Céréales | | | | | | |
| Blé | - 263,4 | - 0,1% | 1% | - | 1 | Extension annuelle moyenne de la surface de production depuis 2008 <1% et 100 kha |
| Maïs | 4 027,5 | 2,3% | 4% | - | 1,7 | $2{,}35 = \frac{4 + 2{,}6(0)}{1{,}7}$ |
| Cultures sucrières | | | | | | |
| Canne à sucre | 299,8 | 1,2% | 5% | - | 2,2 | $2{,}27 = \frac{5 + 2{,}6(0)}{2{,}2}$ |
| Betterave sucrière | 39,1 | 0,9% | 0,1% | - | 3,2 | Extension annuelle moyenne de la surface de production depuis 2008 <1% et 100 kha |
| Cultures oléagineuses | | | | | | |
| Colza | 301,9 | 1,0% | 1% | - | 1 | $1 = \frac{1 + 2{,}6(0)}{1}$ |
| Huile de palme | 702,5 | 4,0% | 45% | 23% | 2,5 | $41{,}92 = \frac{45 + 2{,}6(23)}{2{,}5}$ |
| Soja | 3 183,5 | 3,0% | 8% | - | 1 | $8 = \frac{8 + 2{,}6(0)}{1}$ |
| Tournesol | 127,3 | 0,5% | 1% | - | 1 | Extension annuelle moyenne de la surface de production depuis 2008 <1% |

Source: Règlement délégué

2.55. L'article 7 du Règlement délégué énonce une clause de réexamen qui est également une partie pertinente du cadre législatif. Il prévoit ce qui suit:

> Article 7
>
> Suivi et réexamen
>
> La Commission réexamine, au plus tard le 30 juin 2021, tous les aspects pertinents du rapport sur l'expansion des matières premières, en particulier les données relatives à l'expansion des matières premières, ainsi que les éléments de preuve concernant les facteurs justifiant la disposition relative aux petits exploitants à l'article 5, paragraphe 1, et, s'il y a lieu, modifie le présent règlement. Ce rapport révisé est présenté au Parlement européen et au Conseil et devient la base de l'application des critères énoncés à l'article 3.
>
> La Commission réexamine ensuite les données figurant dans le rapport à la lumière de l'évolution de la situation et des données scientifiques disponibles les plus récentes.

2.56. L'article 7 du Règlement délégué prévoit donc le réexamen de la liste des cultures considérées comme présentant "un risque élevé de CIAS", sur la base des données scientifiques nouvellement collectées qui seront incluses dans un rapport révisé et mis à jour. Le mécanisme de suivi et de réexamen établit l'engagement de recueillir et d'utiliser les dernières données scientifiques disponibles[118] et de mettre à jour les variables dans le calcul de la formule figurant à l'article 3 et les critères pour la certification relative au faible risque de CIAS au titre de l'article 5.1. En d'autres termes, l'article 7 établit l'engagement de recueillir les données scientifiques disponibles les plus récentes, sur la base desquelles la liste des cultures qui sont considérées comme présentant "un

[118] En ce qui concerne en particulier les données relatives à l'expansion des matières premières, ainsi que les éléments de preuve concernant les facteurs justifiant la disposition relative aux petits exploitants à l'article 5.1 du Règlement délégué.

risque élevé de CIAS" après l'application de la formule peut être mise à jour, ainsi que les critères pour la certification relative au faible risque de CIAS pour les petits exploitants.

### 2.3.3 Certification relative au faible risque de CIAS

2.57. La Directive RED II introduit également le concept de "biocarburants présentant un faible risque de CIAS", qui est défini comme suit dans son article 2.37:

> "biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols": les biocarburants, les bioliquides et les combustibles ou carburants issus de la biomasse dont les matières premières ont été produites dans le cadre de systèmes qui évitent les effets de déplacement des biocarburants, bioliquides et combustibles ou carburants issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale grâce à une amélioration des pratiques agricole ainsi qu'à la culture sur des terres qui n'étaient pas précédemment utilisées à cette fin, et qui ont été produits conformément aux critères de durabilité pour les biocarburants et les bioliquides énoncés à l'article 29;

2.58. L'article 26.2 de la Directive RED II dispose que les biocarburants produits à partir de matières premières présentant "un risque élevé de CIAS" ne sont pas inclus dans le plafond et/ou l'élimination progressive s'ils sont certifiés comme étant des biocarburants, bioliquides ou combustibles issus de la biomasse présentant "un faible risque de CIAS" conformément à ce paragraphe. Toutefois, ces biocarburants restent assujettis à la limite/part maximale de 7%.

2.59. Le Règlement délégué met en œuvre l'article 26.2 de la Directive RED II en établissant les critères pour la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque de CIAS. Son article 4 introduit des critères généraux pour la certification du "faible risque de CIAS":

> Article 4
>
> Critères généraux pour la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols
>
> 1. Les biocarburants, les bioliquides et les combustibles issus de la biomasse ne peuvent être certifiés comme présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols que si tous les critères suivants sont remplis:
>
> a) les biocarburants, les bioliquides et les combustibles issus de la biomasse respectent les critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre énoncés à l'article 29 de la directive (UE) 2018/2001;
>
> b) les biocarburants, les bioliquides et les combustibles issus de la biomasse ont été produits à partir de matières premières supplémentaires obtenues au moyen de mesures d'additionnalité répondant aux critères spécifiques énoncés à l'article 5;
>
> c) les éléments de preuve nécessaires pour distinguer les matières premières supplémentaires et étayer les allégations relatives à la production de matières premières supplémentaires sont dûment recueillis et documentés par les opérateurs économiques concernés.
>
> 2. Les éléments de preuve visés au paragraphe 1, point c), contiennent au moins des informations concernant les mesures d'additionnalité adoptées pour produire des matières premières supplémentaires, les zones délimitées sur lesquelles ces mesures ont été appliquées et le rendement moyen des terres lorsque ces mesures ont été appliquées pendant la période de trois ans précédant immédiatement l'année au cours de laquelle la mesure d'additionnalité a été appliquée.

2.60. L'article 2.5 du Règlement délégué définit la mesure d'additionnalité, l'un des critères de certification relative au faible risque de CIAS énumérés à l'article 4, comme étant "toute amélioration des pratiques agricoles conduisant, de manière durable, à une augmentation du rendement des cultures destinées à l'alimentation humaine et animale sur des terres déjà exploitées à cette fin; et toute mesure permettant de cultiver des cultures destinées à l'alimentation humaine et animale sur des terres inexploitées, y compris des terres abandonnées, pour la production de biocarburants, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse".

2.61. L'article 5 du Règlement délégué fixe les conditions que les mesures d'additionnalité doivent remplir pour satisfaisaient aux prescriptions en matière de certification au titre de l'article 4 b) du Règlement délégué. Cette disposition prévoit ce qui suit:

Article 5

Mesures d'additionnalité

1. Les biocarburants, les bioliquides et les combustibles issus de la biomasse ne peuvent être certifiés comme présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols que si:

a) les mesures d'additionnalité visant à produire des matières premières supplémentaires remplissent au moins l'une des conditions suivantes:

   i) elles deviennent financièrement attrayantes ou ne rencontrent aucun obstacle empêchant leur mise en œuvre du seul fait que les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir des matières premières supplémentaires peuvent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables au titre de la directive 2009/28/CE ou de la directive (UE) 2018/2001;

   ii) elles permettent de cultiver des cultures destinées à l'alimentation humaine et animale sur des terres abandonnées ou des terres sévèrement dégradées;

   iii) elles sont appliquées par des petits exploitants;

b) les mesures d'additionnalité sont prises au plus tard dix ans avant la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse comme présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols.

2.62. L'article 6 du Règlement délégué introduit des prescriptions en matière d'audit et de contrôle aux fins de la certification des biocarburants présentant un faible risque de CIAS. Cette disposition prévoit ce qui suit:

Article 6

Exigences en matière d'audit et de contrôle aux fins de la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols

1. Aux fins de la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols, les opérateurs économiques:

a) fournissent des informations fiables à l'appui de leurs allégations en veillant à ce que toutes les exigences énoncées aux articles 4 et 5 soient dûment remplies;

b) prévoient un niveau suffisant de contrôle indépendant des informations fournies et un niveau de transparence suffisant tenant compte de la nécessité d'un contrôle public de l'approche d'audit; et

c) apportent la preuve que des audits sont réalisés.

2. L'audit consiste à vérifier si les informations fournies par les opérateurs économiques sont précises, fiables et à l'épreuve de la fraude.

3. Afin de démontrer qu'un lot de biocarburants, de bioliquides ou de combustibles issus de la biomasse doit être considéré comme présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols, les opérateurs économiques utilisent le système de bilan massique prévu à l'article 30, paragraphe 1, de la directive (UE) 2018/2001. Conformément à l'article 30 de la directive (UE) 2018/2001, les systèmes volontaires peuvent être utilisés pour démontrer le respect des critères énoncés aux articles 4 à 6.

2.63. Le 14 juin 2022, la Commission européenne a adopté, conformément à l'article 30.8 de la Directive RED II, le Règlement d'exécution (UE) 2022/996 concernant les règles relatives à la vérification du respect des critères de durabilité et de réduction des émissions de GES et des critères relatifs au faible risque de CIAS.[119] L'absence de règlement d'exécution concernant la certification relative au faible risque de CIAS (ou d'autres règles d'application spécifiques nécessaires pour rendre la certification relative au faible risque de CIAS opérationnelle) jusqu'à cette date est l'un des motifs pour lesquels la Malaisie conteste la certification relative au faible risque de CIAS.

2.64. Un autre point de désaccord entre les parties est le rôle des régimes de certification volontaires et la mesure dans laquelle ils ont été reconnus par la Commission européenne. Les régimes volontaires requièrent l'approbation de la Commission européenne conformément à l'article 30.6 de la Directive RED II. Trois décisions de ce type étaient en suspens pendant la présente procédure et ont finalement donné lieu à des approbations finales le 8 avril 2022.[120] La teneur de ces décisions fait débat entre les parties.

## 2.4 Résumé des principales règles pertinentes de la Directive RED II

2.65. En résumé, la Directive RED II contient les règles ci–après, qui sont pertinentes pour le calcul des objectifs de consommation de sources d'énergie renouvelables, y compris les règles pertinentes pour la contribution des biocarburants:

a. un objectif de consommation contraignant à l'échelle de l'UE d'au moins 32% d'énergie renouvelable pour 2030 sera atteint collectivement par les États membres de l'UE[121];

b. un objectif global concernant la part de l'énergie renouvelable devant être utilisée dans le secteur des transports est fixé à 10% pour 2020 et à 14% pour 2030[122];

c. les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse ne peuvent être pris en compte dans le calcul de cet objectif que s'ils satisfont à certains critères de durabilité et de réduction des émissions de GES[123];

d. la contribution des biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale (c'est–à–dire des biocarburants "dérivés de cultures" ou "conventionnels") à la réalisation de ces objectifs ne dépassera pas de plus d'un point de pourcentage la part de ces carburants dans la consommation finale d'énergie dans le secteur des transports dans l'État membre de l'UE concerné en 2020, avec une contribution maximale de 7% de la consommation totale d'énergie dans le secteur des transports ("limite de 7%" ou "part maximale de 7%")[124];

e. lorsque la part des biocarburants, des bioliquides et des combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale consommés

[119] C/2022/3740, J.O. L 168 du 27 juin 2022, pages 1 à 62. Règlement d'exécution (UE) n° 2022/996 de la Commission (pièce EU-329). Voir Union européenne, réponse à la question n° 61 du Groupe spécial, paragraphe 394.

[120] L'Union européenne a fourni ces renseignements dans ses observations sur la partie descriptive du rapport mais n'a pas présenté les documents eux-mêmes.

[121] Article 3.1 de la Directive RED II; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 21.

[122] Article 25.1 de la Directive RED II.

[123] Article 7.1 de la Directive RED II.

[124] Article 26.1 de la Directive RED II.

dans le secteur des transports est limitée à moins de 7% ou qu'un État membre décide de la limiter plus encore, cet État membre peut réduire l'objectif global décrit au point b. ci-dessus en conséquence, de 7% au maximum[125];

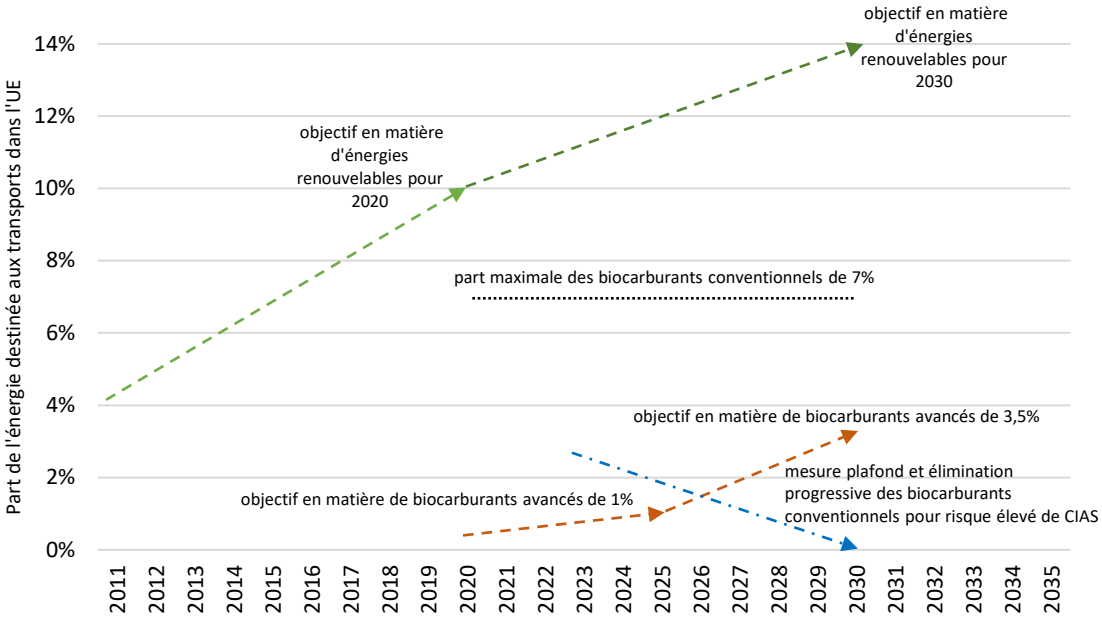
f. une part minimale visée pour les biocarburants "avancés" en pourcentage de la consommation totale d'énergie dans le secteur des transports est également fixée, soit 0,2% en 2020, 1% pour 2025 et 3,5% pour 2030[126];

g. la contribution aux objectifs concernant les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone ("biocarburants présentant un risque élevé de CIAS") n'excède pas le niveau de consommation de ces combustibles ou carburants dans l'État membre concerné enregistré en 2019 (le plafond pour risque élevé de CIAS); à compter du 31 décembre 2023, cette contribution devra diminuer progressivement pour s'établir à 0% en 2030 au plus tard (l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS)[127];

h. les biocarburants présentant un risque élevé de CIAS qui satisfont à certaines prescriptions peuvent être certifiés comme présentant un faible risque de CIAS ("certification relative au faible risque de CIAS") et ne sont pas soumis au plafond et/ou à l'élimination progressive qui, autrement, sont applicables aux biocarburants produits à partir de cultures à risque élevé de CIAS.[128]

2.66. La figure 1 ci–dessous, établie par le Groupe spécial sur la base des dispositions de la Directive RED II, résume le fonctionnement combiné de ces prescriptions.

**Figure 1: Aperçu des objectifs et des prescriptions de l'UE en matière d'énergies renouvelables dans le secteur des transports au titre de la Directive RED II**




Source: Sur la base des dispositions de la Directive RED II.

## 2.5 Mesure TIRIB de la France

2.67. La mesure française spécifique contestée par la Malaisie concerne une taxe annuelle payable par les entités qui procèdent à la mise à la consommation de carburant sur le territoire de la

[125] Article 26.1 de la Directive RED II.
[126] Article 25.1 de la Directive RED II.
[127] Article 26.2 de la Directive RED II; Rapport d'état (2019) (pièce MYS-92), page 5.
[128] Rapport d'état (2019) (pièce MYS-92), page 5.

France.[129] Cette taxe est appelée la TIRIB (taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburant).[130]

2.68. Comme l'ont indiqué les parties, la TIRIB est présentée dans les instruments juridiques ci–après[131]:

a. Article 266*quindecies* du Code des douanes français, modifié par la Loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018, la Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019, et la loi n° 2020-1721 du 29 décembre 2020;

b. Article 6 de la Loi n° 2020–935 du 30 juillet 2020 de finances rectificative pour 2020;

c. Article L. 661–1 à 661–9 du Code de l'énergie;

d. Décret n° 2019–570 du 7 juin 2019 portant sur la taxe incitative relative à l'incorporation des biocarburants;

e. Décision du 23 novembre 2011 modifiée, concernant l'application de l'Ordonnance n° 2011–1105 du 14 septembre 2011 et du Décret n° 2011–1468 du 9 novembre 2011 et relatif à la durabilité des biocarburants et des bioliquides;

f. Décision du 2 mai 2012 relative aux contenus énergétiques des biocarburants et des bioliquides;

g. Circulaire du 18 août 2020 – Taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants (TIRIB).

2.69. Les entités qui procèdent à la mise à la consommation de carburant sur le territoire de la France sont tenues de payer la TIRIB en tant que taxe additionnelle qui varie en fonction de la mesure dans laquelle le contenu énergétique du carburant mis à la consommation atteint les objectifs d'incorporation fixés pour les sources d'énergie admissibles, comme cela est expliqué en détail ci–après.[132] La TIRIB s'applique en plus de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et de la taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques (TICPE).[133] Contrairement à la TIRIB, qui taxe le carburant mis à la consommation à un taux variable en fonction de son contenu énergétique, la TICPE est directement proportionnelle au volume du carburant taxé, quel que soit son contenu, et la TVA est directement proportionnelle à la valeur totale du carburant mis à la consommation.[134]

2.70. Le montant de la TIRIB dépend du montant et de la composition du carburant mis à la consommation par l'entité et est déterminé selon la formule suivante[135]:

***X hl * taux € / hl * (OI % – IE%) = Y €***

dans laquelle: ***X*** est la quantité de carburant mis à la consommation mesurée en hectolitres

[129] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphes 25 à 28.
[130] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 375; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1422.
[131] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 402 et note de bas de page 312 relative au paragraphe 400 (qui contient des hyperliens vers des instruments, présentés en tant que pièce MYS-181).
[132] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 375 à 377; Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1437 à 1441.
[133] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1432 à 1435. Avant de mettre le carburant à la consommation en France, une entité peut acheter et stocker des carburants provenant de diverses sources pour les mélanger et mettre ce mélange à la consommation sans être soumise à ces taxes sur les carburants, en vertu d'un régime dans lequel les taxes sont suspendues pour le carburant se trouvant dans des entrepôts désignés avant la mise à la consommation. Malaisie, première communication écrite, paragraphe 377, note de bas de page 292.
[134] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1434.
[135] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 376, 1034 à 1038; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1440.

***taux*** est un montant ajustable périodiquement exprimé en euros par hectolitre

***OI %*** est un objectif ajustable périodiquement pour l'incorporation d'un certain pourcentage d'énergie dans le mélange de carburants provenant de sources d'énergie admissibles

***IE %*** est un pourcentage effectif d'énergie dans le mélange de carburants provenant de sources d'énergie admissibles

***Y*** est le montant, exprimé en euros, de la taxe due par l'entité qui met le carburant à la consommation sur le territoire de la France

2.71. Le taux et les pourcentages des objectifs d'incorporation sont spécifiés dans la Partie IV de l'article 266*quindecies* du Code des douanes.[136] En 2020, le taux applicable était de 101 EUR par hectolitre et il a été porté à 104 EUR par hectolitre en 2021.[137] En 2020, l'objectif d'incorporation était de 8% pour le diesel et de 8,2% pour l'essence, et l'objectif d'incorporation pour l'essence est passé à 8,6% en 2021.[138]

2.72. L'application de la formule ci–dessus aboutit à un taux d'imposition qui varie d'une manière directement proportionnelle au facteur (OI % – IE %), qui est la différence entre l'incorporation d'énergie du carburant admissible visée en tant qu'objectif et l'incorporation effective du carburant admissible. Cet aspect de la TIRIB est illustré dans les exemples suivants à l'aide de l'objectif d'incorporation pour le diesel fixé pour 2020 (8%) et du taux établi en 2020 (101 EUR par hectolitre):

a. Si l'objectif d'incorporation est atteint, le facteur (OI % – IE %) sera égal à zéro et le montant de la TIRIB sera de zéro EUR par hectolitre. (Cela est vrai quel que soit le pourcentage de l'objectif ou le taux particuliers utilisés.)

b. Par contre, si aucun carburant admissible n'est incorporé, le facteur (OI % – IE %) sera égal à l'objectif d'incorporation, soit 8% pour le diesel en 2020, ce qui donne une TIRIB de 8,08 EUR par hectolitre (101 * (8% – 0%) = 8,08 EUR par hectolitre).

c. Si la teneur en carburant admissible représente 2% de l'énergie du carburant, le facteur (OI % – IE %) sera de 6%, ce qui donne une TIRIB de 6,06 EUR par hectolitre (101 * (8% – 2%) = 6,06 EUR par hectolitre).

d. Si la teneur en carburant admissible représente 6% de l'énergie du carburant, le facteur (OI % – IE %) sera de 2%, ce qui donne une TIRIB de 2,02 EUR par hectolitre (101 * (8% – 6%) = 2,02 EUR par hectolitre).

2.73. L'article 266*quindecies* du Code des douanes français dispose que, aux fins de la TIRIB, les sources d'énergie admissibles dans le mélange de carburants pour atteindre l'objectif d'incorporation sont des sources d'énergie renouvelables et que l'énergie des biocarburants est renouvelable si elle satisfait aux critères de durabilité et de réduction des émissions de GES qui sont conformes à la Directive RED II et au Règlement délégué.[139]

2.74. L'article 266*quindecies* du Code des douanes français dispose que "[n]e sont pas considérés comme des biocarburants les produits à base d'huile de palme" à compter du 1er janvier 2020.[140] La Circulaire du 18 août 2020 indique que les produits à base d'huile de palme sont exclus, à compter

[136] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 375, 376, 1034 à 1038; article 266*quindecies* du Code des douanes français (Code des douanes) (pièce MYS-181).

[137] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 375, 376, 1034 à 1038; réponse à la question n° 193.

[138] *Ibid*.

[139] Article 266*quindecies* du Code des douanes français (pièce MYS-181); Article 266*quindecies* – Code des douanes – Légifrance (pièce EU-199).

[140] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 378, note de bas de page 293; voir aussi Article 266*quindecies* du Code des douanes français (pièce MYS-181), page 19.

de 2020, du bénéfice total de l'avantage fiscal, quel que soit leur mode de production.[141] La Circulaire du 12 juin 2019, qui a précédé la Circulaire du 18 août 2020 et a été remplacée par elle, indiquait qu'il s'agissait d'exclure les produits à base d'huile de palme non seulement du champ des biocarburants mais également de celui des énergies renouvelables.[142] L'exclusion des biocarburants dérivés de l'huile de palme des sources d'énergie admissibles aux fins de la TIRIB a été présentée comme une mesure prise à des fins environnementales.[143]

2.75. En outre, la Loi n° 2020–935 du 30 juillet 2020 de finances rectificative pour 2020 prévoyait que l'énergie dérivée de certains biocarburants (EMAG avec une température limite de filtrabilité (TLF) de −10 °C tout au plus) serait comptabilisée à 120% de sa valeur réelle aux fins de contribuer à l'objectif d'incorporation en ce qui concerne le calcul de la TIRIB payable entre le 1er août 2020 et le 31 décembre 2020.[144] La Circulaire du 18 août 2020 indique que, pour pouvoir bénéficier du traitement des 120% de la valeur réelle, les certificats d'incorporation "doivent indiquer que les biocarburants reçus ne sont pas produits à partir d'huile de palme ou qu'ils ont une TLF n'excédant pas −10 °C pour les EMAG".[145]

### 2.6 Mesures de la Lituanie

2.76. Outre les mesures à l'échelle de l'UE et la mesure française, la Malaisie conteste une loi lituanienne "transposant les règles de l'UE relatives aux CIAS".[146] Les paragraphes pertinents de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie figurent sous le sous-titre "*Loi lituanienne n° XI-1375 sur les énergies renouvelables*" et indiquent ce qui suit:

> 29. Eu égard aux dispositions de la Directive RED II et du Règlement délégué, la Lituanie a modifié sa loi sur les énergies renouvelables pour tenir compte des règles révisées de l'UE sur les CIAS.
>
> 30. Comme tout autre État membre de l'UE, la Lituanie autorisera encore, en théorie, l'importation de matières premières présentant un risque élevé de CIAS ou de biocarburants, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse produits à partir de ces matières premières. Toutefois, d'ici à 2030, la part des combustibles produits à partir de matières premières considérées par l'UE comme présentant un risque élevé de CIAS doit progressivement diminuer pour tomber à 0% pour le calcul de la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables en Lituanie, visée à l'article 7 de la Directive RED II et de la part minimale visée à l'article 25 1) de cette directive.
>
> 31. La Malaisie croit comprendre que la mesure lituanienne est établie et mise en œuvre au moyen des instruments juridiques suivants:
>
> i. Loi lituanienne n° XI-1375 sur les énergies renouvelables, telle que modifiée par la Loi n° XIII-2869 modifiant les articles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 11, 13, 14, 16, 17, 20, 20 1), 22, 25, 28, 29, 35, 37, 38, 39, 46, 48, 49, 55, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 63, 64 et l'annexe de la Loi n° XI-1375 sur les énergies renouvelables, abrogeant l'article 11 1) et ajoutant l'article 20 2) du 28 avril 2020.
>
> ii. toutes annexes y relatives, modifications, mesures complémentaires, mesures de remplacement, mesures de reconduction, prorogations, mesures

[141] Circulaire du gouvernement français du 18 août 2020 sur la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants (TIRIB), NOR: ECOD2020901C, articles 52 et 53 (pièce EU-197).
[142] Article 266*quindecies* du Code des douanes français (pièce MYS-181).
[143] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1436 (faisant référence à la pièce EU-190).
[144] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1046; Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1526 à 1528 (faisant référence aux pièces EU-196, EU-197, EU-198).
[145] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1046; Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1526 à 1528 (faisant référence aux pièces EU-196, EU-197, EU-198). En outre, l'Amendement N° I-694 rect. bis du 21 novembre 2020 de la loi de finances pour 2021 (pièce EU-198), en vertu duquel le traitement décrit a été prorogé jusqu'en mars 2021, indique que cela prorogerait une mesure de soutien pour le secteur du biodiesel.
[146] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 380 et 381.

de mise en œuvre ou toutes autres mesures connexes, et toutes exemptions appliquées.

2.77. Une note de bas de page relative à l'alinéa i) cité ci-dessus de la demande d'établissement d'un groupe spécial contient un hyperlien vers le texte de la législation lituanienne en cause dans la langue originale.

## 2.7 Production de biocarburants conventionnels et changement dans l'affectation des sols

2.78. Le changement dans l'affectation des sols (CAS) est un concept clé qui sous–tend les définitions des expressions "risque élevé de CIAS" et "faible risque de CIAS" employées dans les mesures de l'UE décrites plus haut. Ce changement dans l'affectation des sols peut être *direct* (CDAS) ou *indirect* (CIAS).[147]

### 2.7.1 Changement dans l'affectation des sols (CAS)

2.79. D'après un rapport sur les "Changement climatique et terres émergées" du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), l'expression "affectation des sols" désigne "[l]a totalité des arrangements, activités et intrants appliqués à une parcelle de terre."[148] Ce rapport décrit en outre l'expression "changement dans l'affectation des sols" comme étant "[l]e changement d'une catégorie d'utilisation des sols à une autre catégorie".[149]

2.80. Dans la norme ISO 14067:2018 intitulée "Gaz à effet de serre – Empreinte carbone des produits – Exigences et lignes directrices" (ci–après "norme ISO 14067:2018"), l'expression "affectation des sols" est définie comme suit:

> utilisation ou gestion par l'homme des sols dans les frontières pertinentes
>
> Note 1 à l'article: Dans le présent document "les frontières considérées" se rapporte à la frontière du système objet de l'étude.
>
> Note 2 à l'article: L'affectation des sols est souvent appelée "occupation des sols" dans l'évaluation du cycle de vie (ACV).[150]

### 2.7.2 Changement direct dans l'affectation des sols (CDAS)

2.81. La norme ISO 14067:2018 définit le changement direct dans l'affectation des sols (CDAS) comme suit: "changement apporté par l'homme dans l'utilisation des sols au sein des frontières considérées", les "frontières considérées se rapport[ant] à la frontière au système objet de l'étude". Elle note également qu'"[u]n changement d'affectation des sols se produit lorsqu'il y a un changement de catégorie d'affectation des sols selon la définition du GIEC (par exemple, d'un sol forestier à un sol de culture)."[151]

### 2.7.3 Changement direct dans l'affectation des sols (CDAS)

2.82. Comme il est indiqué plus haut, le concept de CIAS est utilisé dans la Directive RED II et dans le Règlement délégué dans le contexte de l'imposition d'une limite générale à la part de biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale qui peut contribuer aux objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables (la "limite de 7%"), introduite pour la première fois dans la Directive CIAS, ainsi qu'au moyen des concepts de matières premières présentant un "risque élevé de CIAS" et un "faible risque de CIAS" qui sous–tendent le "plafond et l'élimination progressive" et les prescriptions connexes.

---

[147] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 3 et 412; Union européenne, première communication écrite, paragraphes 32 à 35.
[148] Rapport du GIEC "Changement climatique et terres émergées" (pièce MYS-89), page 817.
[149] Rapport du GIEC "Changement climatique et terres émergées" (pièce MYS-89), page 817.
[150] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), article 3.1.7.4.
[151] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), article 3.1.7.5.

2.83. Le considérant 81 de la Directive RED II décrit le CIAS comme suit: "Un changement indirect dans l'affectation des sols se produit lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse entraînent le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation humaine ou animale. Cette demande supplémentaire intensifie la pression qui s'exerce sur les terres et peut se traduire par une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières, provoquant un surcroît d'émissions de gaz à effet de serre."

2.84. La norme ISO 14067:2018 définit le "changement indirect d'affectation des sols" comme suit:

> changement dans l'utilisation des sols, qui a pour cause un changement direct d'affectation des sols (3.1.7.5), mais qui se produit à l'extérieur des frontières considérées.
>
> Note 1 à l'article: Dans le présent document "les frontières considérées" se rapporte à la frontière du système objet de l'étude.
>
> Note 2 à l'article: Un changement d'affectation des sols se produit lorsqu'il y a un changement de catégorie d'affectation des sols selon la définition du GIEC (par exemple, d'un sol forestier à un sol de culture).
>
> EXEMPLE: Si l'affectation des sols sur une parcelle donnée passe de la production de nourriture à la production de biocarburant, il peut se produire ailleurs un changement d'affectation des sols pour répondre à la demande en nourriture. Ce changement qui se produit ailleurs est un changement indirect d'affectation des sols.[152]

2.85. Le rapport "Changement climatique et terres émergées" du GIEC définit le CIAS comme un "changement d'affectation des sols en dehors de la zone d'intérêt, qui se produit par suite du changement d'utilisation ou de gestion des terres dans la zone d'intérêt, par exemple en raison de facteurs déterminants du marché ou de la politique. Par exemple, si des terres agricoles sont détournées vers la production de biocarburants, le déboisement peut se produire ailleurs pour remplacer l'ancienne production agricole."[153]

2.86. La Malaisie conteste la manière dont l'Union européenne, dans les mesures en cause, a utilisé le concept de CIAS et a traité les incidences des CIAS résultant potentiellement de la production de biocarburants conventionnels.

## 3 CONSTATATIONS ET RECOMMANDATIONS DEMANDÉES PAR LES PARTIES

3.1. En ce qui concerne les mesures de l'UE en cause, la Malaisie demande[154] au Groupe spécial de constater que l'Union européenne:

a. viole les obligations de traitement national et de la nation la plus favorisée prévues à l'article 2.1 de l'Accord OTC car le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS établissent une discrimination entre les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires de différentes origines étrangères et entre le biocarburant dérivé du palmier à huile originaire de Malaisie et le biocarburant dérivé de cultures oléagineuses similaire originaire de l'UE;

b. viole l'article 2.2 de l'Accord OTC en imposant la limite de 7%, et le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, avec pour objet ou pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international;

c. viole l'article 2.4 de l'Accord OTC en imposant le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sans utiliser les normes internationales pertinentes comme base;

[152] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), section 3.1.7.6.
[153] Rapport du GIEC "Changement climatique et terres émergées" (pièce MYS-89), page 817.
[154] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1216.

d. viole l'article 2.5 de l'Accord OTC en ne justifiant pas l'élaboration, l'adoption ni l'application de la limite de 7%, du plafond pour risque élevé de CIAS et de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard de l'article 2.2 et 2.4 de l'Accord OTC;

e. viole l'article 2.8 de l'Accord OTC car le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS réglementent le commerce des biocarburants sur la base des caractéristiques descriptives des prescriptions relatives au produit plutôt qu'en fonction de ses propriétés d'emploi;

f. viole l'article 2.9.2 et 2.9.4 de l'Accord OTC en ne notifiant pas les propositions relatives à la Directive RED II et au Règlement délégué, et en n'organisant pas un processus utile de formulation d'observations sur la proposition relative à la Directive RED II et la proposition relative au Règlement délégué;

g. viole l'article 5.1.1 de l'Accord OTC car la procédure d'évaluation de la conformité pour la certification du biocarburant en tant que biocarburant produit à partir du palmier à huile présentant un faible risque de CIAS établit une discrimination à l'encontre des fournisseurs malaisiens de biocarburant dérivé du palmier à huile;

h. viole l'article 5.1.2 de l'Accord OTC en imposant une procédure d'évaluation de la conformité pour la certification du biocarburant dérivé du palmier à huile comme présentant un faible risque de CIAS qui crée des obstacles non nécessaires au commerce international;

i. viole l'article 5.2.1 de l'Accord OTC en ne veillant pas, au moment de la mise en œuvre de l'article 5.1 de l'Accord OTC, à ce que la procédure d'évaluation de la conformité pour la certification du biocarburant dérivé du palmier à huile comme présentant un faible risque de CIAS soit engagée et achevée aussi vite que possible;

j. viole i) l'article 5.6.1 de l'Accord OTC en ne faisant pas paraître, assez tôt, un avis selon lequel elle projette d'adopter une procédure d'évaluation de la conformité, pour permettre aux parties intéressées en Malaisie et dans d'autres Membres de l'OMC d'en prendre connaissance; ii) l'article 5.6.2 de l'Accord OTC en ne notifiant pas les propositions relatives à la Directive RED II et au Règlement délégué; et iii) l'article 5.6.4 de l'Accord OTC en n'organisant pas un processus utile de formulation d'observations sur la proposition relative à la Directive RED II et la proposition relative au Règlement délégué;

k. viole l'article 5.8 de l'Accord OTC en ne publiant pas dans les moindres délais et en ne rendant pas autrement accessibles la procédure d'évaluation de la conformité pour la certification du biocarburant dérivé du palmier à huile comme présentant un faible risque de CIAS;

l. viole l'article 12.1 et 12.3 de l'Accord OTC en ne tenant pas compte des circonstances propres aux pays en développement dans l'élaboration et l'application des règlements techniques et de la procédure d'évaluation de la conformité en cause;

m. viole l'article I:1 du GATT de 1994 car le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS établissent une discrimination entre l'huile de palme et le biocarburant dérivé du palmier à huile, et les produits similaires originaires de pays tiers;

n. viole l'article III:4 du GATT de 1994 car la limite de 7%[155], le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS établissent une discrimination entre l'huile de palme et le biocarburant dérivé du palmier à huile originaires de Malaisie, et les produits similaires originaires de l'UE;

[155] Au cours de la procédure, la Malaisie a confirmé qu'elle n'avait pas l'intention de maintenir son allégation de discrimination au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 en ce qui concerne la limite/part maximale de 7%. (Malaisie, réponses aux questions n° 73 et 76 du Groupe spécial)

o. viole l'article X:3 a) du GATT de 1994 car le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont fondés sur le concept de risque élevé de CIAS et l'appliquent, concept pour lequel le soutien scientifique est insuffisant et qui ne peut pas être observé ni mesuré directement, ni établi d'une autre manière[156], et car, en ce qui concerne la certification relative au faible risque de CIAS, l'Union européenne n'a pas adopté, à ce jour, de législation de mise en œuvre prévoyant des règles détaillées qui permettraient de certifier les produits comme présentant un faible risque de CIAS[157]; et

p. viole l'article XI:1 du GATT de 1994 car le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS appliquent des prohibitions ou restrictions quantitatives à l'importation de biocarburant dérivé du palmier à huile et d'huile de palme.

3.2. En ce qui concerne les mesures de la France, la Malaisie demande[158] au Groupe spécial de constater que l'Union européenne:

a. viole l'article I:1 du GATT de 1994 car l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, de la réduction de la taxe française sur les biocarburants établit une discrimination entre des biocarburants similaires et leurs matières premières originaires de différents pays tiers;

b. viole la première phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 car l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, de la réduction de la taxe française sur les biocarburants tout en la mettant à la disposition d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires originaires de l'UE, établit une discrimination entre les biocarburants dérivés du palmier à huile importés et d'autres biocarburants similaires originaires de l'UE, en soumettant le biocarburant dérivé du palmier à huile importé à des taxes intérieures supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires;

c. à titre subsidiaire par rapport à l'allégation de la Malaisie au titre de la première phrase de l'article III:2 du GATT de 1994, viole la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 car l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, de la réduction de la taxe française sur les biocarburants, tout en la mettant à la disposition d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires originaires de l'UE, fait que le biocarburant dérivé du palmier à huile est taxé différemment d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses directement concurrents ou directement substituables originaires de l'UE, de manière à protéger la production nationale; et

d. viole l'article l'article 5 c) de l'Accord SMC car l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, de la réduction de la taxe française sur les biocarburants est une subvention pouvant donner lieu à une action qui cause des effets défavorables pour les intérêts de la Malaisie, sous la forme d'un préjudice grave causé à ses intérêts au sens de l'article 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord SMC.

3.3. En ce qui concerne les mesures de la Lituanie, la Malaisie soutient que les mesures énoncées en particulier, mais pas exclusivement, dans l'article 26 de la Directive RED II et dans le Règlement délégué sont incompatibles avec les obligations de l'UE au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994. En conséquence, toute mise en œuvre de ces mesures par la Lituanie dans son droit interne serait aussi incompatible avec les mêmes obligations prévues par l'Accord OTC et le GATT de 1994.[159]

[156] Voir Malaisie, première communication écrite, paragraphes 969 et 1216.
[157] Voir Malaisie, première communication écrite, paragraphes 970 et 1216.
[158] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1217.
[159] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1218.

3.4. L'Union européenne demande au Groupe spécial de rejeter toutes les allégations formulées par la Malaisie à l'encontre des mesures de l'UE, de la réduction de la TIRIB de la France et des mesures de la Lituanie.[160]

## 4 ARGUMENTS DES PARTIES

4.1. Les arguments des parties sont exposés dans les résumés analytiques qu'elles ont fournis au Groupe spécial conformément au paragraphe 25 des procédures de travail adoptées par celui–ci.[161]

## 5 ARGUMENTS DES TIERCES PARTIES

5.1. Les arguments de l'Australie, du Brésil, du Canada, de la Colombie, du Costa Rica, de l'Équateur, des États–Unis, de la Fédération de Russie, de l'Indonésie, du Japon, de la République de Corée, du Royaume-Uni et de l'Ukraine sont exposés dans les résumés analytiques qu'ils ont fournis au Groupe spécial conformément au paragraphe 27 des procédures de travail adoptées par celui–ci (voir les annexes C–1 à C–13). L'Argentine, la Chine, El Salvador, la Fédération de Russie, le Guatemala, le Honduras, l'Inde, la Norvège, le Royaume d'Arabie saoudite, Singapour, la Thaïlande et la Türkiye ont réservé leur droit de participer à la présente procédure en tant que tierces parties et n'ont pas présenté de communication écrite ni d'arguments oraux au Groupe spécial.

## 6 RÉEXAMEN INTÉRIMAIRE

### 6.1 Introduction

6.1. Le 29 septembre 2023, le Groupe spécial a remis son rapport intérimaire aux parties. Le 31 octobre 2023, la Malaisie et l'Union européenne ont chacune demandé par écrit que des aspects précis du rapport intérimaire soient réexaminés. Le 21 novembre 2023, la Malaisie et l'Union européenne ont présenté des observations sur leurs demandes de réexamen respectives. Aucune partie n'a demandé de réunion consacrée au réexamen intérimaire.

6.2. Conformément à l'article 15:3 du Mémorandum d'accord, la présente section du rapport expose la réponse du Groupe spécial aux demandes présentées par les parties pendant la phase de réexamen intérimaire.

6.3. Dans la mesure où les numéros des paragraphes figurant dans le rapport final ont changé par rapport à ceux du rapport intérimaire, l'exposé ci-après utilise la numérotation des paragraphes du rapport final comme point de référence.

### 6.2 Considérations générales

6.4. Dans la présente sous-section, le Groupe spécial explique l'approche qu'il a adoptée pour traiter certaines catégories de demandes d'une manière plus globale. Il se concentrera ensuite sur les demandes présentées par la Malaisie et par l'Union européenne qui soulèvent des questions plus substantielles qui méritent d'être exposées et examinées séparément.

6.5. Certaines erreurs typographiques ou de mise en forme ont été corrigées.[162] En outre, certaines améliorations d'ordre rédactionnel ont été apportées afin d'améliorer la cohérence, la précision et la clarté de la terminologie.[163] Plusieurs paragraphes renvoyant aux arguments des parties sur des points particuliers ont été remaniés lorsque les révisions demandées par une partie visaient à rendre compte d'une manière plus précise et/ou complète de sa position sur le point résumé.[164] Le Groupe

[160] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1834.
[161] Voir les annexes B-1 et B-2.
[162] Il s'agit notamment, mais pas exclusivement, des modifications que les parties ont, dans leurs observations dans le cadre du réexamen intérimaire, suggéré d'apporter au paragraphe 7.230, au paragraphe 7.635 ainsi qu'au titre 7.1.5.2.4.
[163] Il s'agit notamment, mais pas exclusivement, des modifications que les parties ont, dans leurs observations dans le cadre du réexamen intérimaire, suggéré d'apporter aux paragraphes 7.27, 7.95, 7.116, 7.130, 7.560, 7.1438, 7.1446, 7.1454.
[164] Il s'agit notamment, mais pas exclusivement, des modifications que les parties ont, dans leurs observations dans le cadre du réexamen intérimaire, suggéré d'apporter aux paragraphes 7.72, 7.89, 7.108, 7.121, 7.234, 7.252, 7.424, 7.427, 7.415, 7.420, 7.468 à 7.470, 7.560, 7.1026 et 7.1037.

spécial s'est également efforcé de tenir compte des demandes d'une partie visant à ce que certains renvois en notes de bas de page soient complétés par des références additionnelles à d'autres paragraphes pertinents de ses communications.[165] Dans certains cas, la prise en considération des ajustements proposés par une partie nous a amené à apporter certaines autres modifications corollaires afin d'assurer une cohérence tout au long du rapport. Le Groupe spécial a également inclus plusieurs renvois additionnels, entre des constatations et des sous-sections interdépendantes du présent rapport, dans un souci de clarté et de cohérence.[166]

6.6. Dans son rapport, le Groupe spécial a suivi l'approche consistant à introduire chaque allégation et moyen de défense en présentant brièvement les positions des parties de manière à indiquer de façon concise les questions à l'examen; au cours de son analyse, il a en outre inclus de brefs résumés des arguments avancés par l'une ou l'autre partie, ou les deux, sur des points particuliers lorsqu'il a jugé qu'il était nécessaire et approprié de le faire pour faciliter la compréhension de sa propre évaluation et de son propre raisonnement concernant la question examinée.[167] Par conséquent, bien qu'il se soit efforcé de tenir compte de toute demande des parties visant à ce que le libellé des résumés des arguments actuels soit remanié pour rendre compte d'une manière plus précise et/ou complète des arguments avancés sur le point résumé, le Groupe spécial s'est généralement abstenu d'ajouter beaucoup de texte, y compris des paragraphes entiers, pour établir des résumés plus détaillés des arguments.

6.7. Certaines des observations de la Malaisie sur le rapport intérimaire prennent la forme de longues répétitions des arguments qu'elle a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et que le Groupe spécial a pleinement examinées, et s'accompagnent parfois d'une demande générale visant à ce que le Groupe spécial revoie son évaluation de ces questions. Le Groupe spécial estime que, d'une manière générale, ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Il est bien établi que la phase de réexamen intérimaire n'est pas le moment de "présenter à nouveau" des arguments concernant des questions ou de "revenir sur" ces questions"[168] d'une manière qui obligerait les groupes spéciaux à "défendre leurs constatations et leurs conclusions".[169] Cela étant dit, dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur certaines des constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial ne voit aucun obstacle qui l'empêcherait d'exposer intégralement les longues observations de la Malaisie dans la présente section du rapport.[170]

6.8. L'exposé ci-après est structuré en suivant les sous-titres du présent rapport afin de fournir un contexte et d'améliorer la lisibilité. Lorsqu'une partie réitère à maintes reprises la même demande, ou présente par ailleurs de nombreuses observations concernant la même question, le Groupe spécial les examine ensemble pour éviter une répétition et une fragmentation de son analyse.

[165] Il s'agit notamment des ajouts de notes de bas de page relatives aux paragraphes 7.206 et 7.209. Le Groupe spécial a apporté ces modifications sans préjudice de son interprétation selon laquelle, quand un groupe spécial choisit d'inclure des références en notes de bas de page qui renvoient aux communications de l'une des parties, ou des deux, sur un point particulier, celui-ci est libre de renvoyer précisément au(x) paragraphe(s) qu'il juge pertinent(s), au lieu de mentionner de manière exhaustive tous les paragraphes pertinents des communications écrites, déclarations orales, réponses aux questions du groupe spécial et/ou observations connexes des parties.

[166] Il s'agit notamment des ajouts aux paragraphes 7.264 et 7.1295.

[167] Un groupe spécial n'est pas tenu de reproduire intégralement tous les arguments des parties tels qu'ils sont énoncés dans leurs communications et peut mentionner et résumer les arguments des parties dans la mesure qu'il juge nécessaire et appropriée pour faciliter la compréhension de sa propre évaluation et de son propre raisonnement. (Voir le rapport du Groupe spécial *Inde – Cellules solaires*, paragraphe 6.24, et le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Produits en acier et en aluminium (Turquie)*, paragraphe 6.3.)

[168] Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 6.2; *Japon – Pommes (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 7.23; *États-Unis – Volaille (Chine)*, paragraphe 6.32; et *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, paragraphes 6.13, 6.31, 6.36, 6.42, 6.45, 6.47, 6.55.

[169] Rapports des Groupes spéciaux *Japon – DRAM (Corée)*, paragraphe 6.2; et *Indonésie – Produits en fer ou en acier (Taipei chinois),* annexe A-3, paragraphe 2.3.

[170] Le Groupe spécial ne considère pas qu'il y ait nécessairement une quelconque obligation de présenter un long exposé des observations d'une partie sur un rapport intérimaire. L'évaluation par un groupe spécial du point de savoir s'il est approprié de le faire est naturellement éclairée par les circonstances d'un différend particulier.

## 6.3 Allégations concernant les mesures de l'UE

### 6.3.1 Considérations préliminaires

6.9. Dans le contexte de l'exposé du Groupe spécial figurant aux **paragraphes 7.24 à 7.26** des raisons pour lesquelles il fait référence au "plafond" et à l'"élimination progressive" pour risque élevé de CIAS en employant le singulier et il les analyse en tant que mesure unique, l'Union européenne observe que "dans les nombreux cas où le Groupe spécial lui a demandé de préciser si, à des fins conceptuelles, elle considérait le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS comme des mesures individuelles, la Malaisie a souligné qu'elle demandait des constatations distinctes concernant ces "mesures séparées". L'Union européenne convient que le Groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire de reformuler les mesures. Cependant, dans ce cas particulier, les arguments avancés par les deux parties tout au long de la procédure reposent sur la qualification présentée par la Malaisie."

6.10. La Malaisie ne répond pas à l'observation de l'Union européenne.

6.11. Le Groupe spécial estime qu'il a déjà clairement rendu compte et tenu compte de la façon dont les parties abordaient cette question dans son examen. On ne sait pas très bien si l'Union européenne demande au Groupe spécial de remanier le texte existant afin de mieux souligner la façon dont les parties ont abordé cette question, ou si elle conteste certains aspects du propre raisonnement du Groupe spécial concernant cette question (et, dans l'affirmative, lequel). Dans ces circonstances, le Groupe spécial ne voit aucune raison d'apporter une quelconque modification aux paragraphes 7.24 à 7.26.

### 6.3.2 Article 2.2 – Nécessaire pour réaliser un objectif légitime

6.12. Dans le contexte de ses constatations concernant l'"[i]dentification de l'objectif poursuivi" par les mesures en cause, le Groupe spécial observe qu'il y a certaines tensions internes et ambiguïtés en ce qui concerne l'identification de l'objectif ou des objectifs des mesures en cause par chaque partie. Il expose ensuite brièvement, au **paragraphe 7.208**, quelques déclarations et arguments présentés par la Malaisie ainsi que son interprétation concernant la façon dont certains de ces arguments sont liés entre eux, c'est-à-dire en tant qu'arguments subsidiaires. Dans une observation sur le paragraphe 7.208, la Malaisie cherche à clarifier que ses arguments concernant les objectifs spécifiques allégués des mesures en cause, ainsi que l'objectif protectionniste réel poursuivi par l'Union européenne, ne sont pas "formulés à titre subsidiaire" mais découlent plutôt les uns des autres. Elle explique que l'argument selon lequel les objectifs des mesures sont des objectifs protectionnistes découle de l'argument selon lequel l'Union européenne souhaite limiter les émissions de GES en limitant les CIAS, ce qui, selon elle, est une tentative vaine, inappropriée et discriminatoire compte tenu des lacunes inhérentes aux CIAS et à l'approche de l'UE concernant les CIAS.

6.13. L'Union européenne ne répond pas à l'observation de la Malaisie.

6.14. D'une manière générale, le Groupe spécial s'est efforcé de tenir compte de toute demande des parties visant à ce que le résumé d'un argument soit remanié pour rendre compte de manière plus précise et/ou complète de leur position sur un point résumé. Cependant, le paragraphe 7.208 a pour but d'exposer l'interprétation du Groupe spécial concernant la façon dont certains des arguments présentés par les parties au sujet de l'identification de l'objectif ou des objectifs des mesures sont liés entre eux. Le Groupe spécial n'est pas convaincu que les modifications que la Malaisie propose d'apporter au paragraphe 7.208 démontrent l'existence d'une quelconque erreur dans l'interprétation qu'il a donnée. Il n'a donc pas procédé à ces modifications.

6.15. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant la "[r]aison d'être déclarée de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS", la Malaisie formule des observations sur la conclusion à laquelle le Groupe spécial est parvenu au **paragraphe 7.215**. Dans ce paragraphe, le Groupe spécial indique que "[l]es considérants 80 et 81 de la Directive RED II exposent donc les raisons de traiter les CIAS, établissent spécifiquement un lien entre la question des risques de CIAS et la question des émissions de GES, et expliquent en quoi la part maximale de 7% prévue à l'article 26.1 et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS prévue à l'article 26.2, y compris le concept de biocarburants à faible

risque de CIAS, se rapportent à ces raisons". La Malaisie estime que la déclaration du Groupe spécial est incorrecte. Selon elle, la "limitation" et la "diminution" des quantités de biocarburants produits à partir de cultures oléagineuses "ne peuvent pas être assimilées à leur élimination progressive jusqu'à 0%, et les considérants de la Directive RED II de l'UE ne prévoient pas une telle élimination progressive". La Malaisie considère que l'Union européenne "n'a fourni aucune indication de la raison d'être de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS" et demande au Groupe spécial de réexaminer en conséquence les constatations qu'il a formulées au paragraphe 7.215.

6.16. L'Union européenne note que la Malaisie invite le Groupe spécial à réviser son appréciation de la raison d'être des mesures contestées. Elle n'est pas d'accord et renvoie le Groupe spécial à ses communications écrites. Elle estime qu'il est manifestement incorrect d'affirmer qu'elle n'a pas fourni la moindre justification pour l'élimination progressive des matières premières présentant un risque élevé de CIAS. De fait, elle explique que l'élimination progressive poursuit les mêmes objectifs que la part maximale de 7%. Toutefois, certaines cultures utilisées pour la production de biocarburants présentent un risque particulièrement important d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols dont la nature est problématique sur le plan environnemental, ou qui seraient davantage susceptibles d'entraîner de fortes émissions de GES. Par conséquent, à la lumière des objectifs de la politique de l'UE, il est raisonnable et légitime d'envisager une approche réglementaire visant à établir une distinction entre les cultures.[171]

6.17. Le Groupe spécial ne voit aucune raison de modifier le paragraphe 7.215. Le considérant 81 de la Directive RED II dispose qu'il convient d'exiger des États membres "*qu'ils fixent une limite spécifique et dégressive pour les biocarburants … produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone*". Il ressort clairement de ces éléments et d'autres éléments des considérants 80 et 81 (dont le texte intégral est présenté au paragraphe 7.214) que les considérations énoncées par ces derniers concernent la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. L'essence de l'observation de la Malaisie sur le paragraphe 7.215 semble être que les considérants 80 et 81 ne contiennent aucune explication spécifique des raisons pour lesquelles l'article 26.2 de la Directive RED II, qui établit la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, dispose que la "limite" énoncée dans cette disposition diminuera progressivement "pour s'établir à 0%". Le Groupe spécial note que, bien que cela puisse être vrai, rien dans le paragraphe 7.215 n'indique ou ne permet de penser que chaque aspect spécifique de la part maximale de 7%, tel que précisé à l'article 26.1 de la Directive RED II, et/ou de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, tel que précisé à l'article 26.2 de la Directive RED II, est expliqué séparément dans les considérants 80 et 81 de la Directive RED II.

6.18. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant l'"[a]llégation de protectionnisme sous prétexte de protection de l'environnement", les deux parties formulent des observations sur le **paragraphe 7.253**:

a. L'Union européenne demande que le Groupe spécial indique spécifiquement les deux mesures de défense commerciale dont il est question au paragraphe 7.253. Elle réitère cette observation en ce qui concerne le **paragraphe 7.1446**, dans le contexte de l'opinion séparée d'un membre du Groupe spécial.

b. La Malaisie souhaite préciser qu'elle n'a pas cherché à faire valoir qu'il existait un quelconque lien direct entre les mesures de défense commerciale et les mesures en cause. En fait, la référence aux mesures de défense commerciale a été faite dans un cadre qui visait à donner un aperçu global du contexte des mesures en cause, et pour indiquer que l'historique long et controversé des mesures de défense commerciale et des attitudes protectionnistes de l'Union européenne à l'égard du palmier à huile et des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses ne pouvait pas être négligé et devrait être considéré comme faisant partie du contexte commercial et politique sur la base duquel a été élaborée la Directive RED II, avec ses particularités concernant le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Par conséquent, la Malaisie demande au Groupe

[171] L'Union européenne fait référence à sa première communication écrite, paragraphe 799, et à sa deuxième communication écrite, paragraphe 108. Elle fait aussi référence à sa première communication écrite, section 5 et paragraphes 361, 362 et 722 à 73.

spécial de modifier le paragraphe 7.253 et d'éviter de suggérer qu'elle considérait qu'il existait un lien direct entre les mesures de défense commerciale et les mesures en cause.

6.19. Les parties ne formulent pas d'observations sur leurs demandes respectives.

6.20. Le Groupe spécial répond de la manière suivante aux questions soulevées:

a. En réponse à la demande de l'Union européenne, le Groupe spécial a ajouté une note de bas de page indiquant les deux mesures de défense commerciale mentionnées par la Malaisie dans le contexte des paragraphes 206 à 208 de sa première communication écrite. Il a également apporté le changement étroitement lié proposé par l'Union européenne au texte du paragraphe 7.1446.

b. Le Groupe spécial rappelle que la Malaisie a fait valoir que le motif protectionniste de la mesure était attesté par le fait que l'Union européenne "dress[ait] depuis longtemps des obstacles au commerce" pour limiter les importations de biocarburant dérivé de l'huile de palme afin de protéger le secteur des biocarburants de l'UE. La note de bas de page y relative figurant dans la communication de la Malaisie renvoie à l'analyse antérieure, dans la même communication, des deux mesures de défense commerciale et de leur effet sur le commerce de l'huile de palme. Le paragraphe 7.253 examine l'argument tel qu'il a été présenté par la Malaisie. Le texte du paragraphe 7.253 n'indique pas ni ne permet de penser que l'argument de la Malaisie est qu'il existe un lien direct entre les mesures de défense commerciale et les mesures en cause. Par conséquent, le Groupe spécial ne voit aucune raison d'apporter la modification demandée par la Malaisie.

6.21. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant l'"[a]llégation de protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement", la Malaisie formule des observations sur l'analyse par le Groupe spécial de la Résolution du Parlement européen exposée au **paragraphe 7.259**. La Malaisie ne souscrit pas aux considérations que le Groupe spécial a énoncées au paragraphe 7.259 et lui demande de revoir la formulation de ses constatations concernant la Résolution du Parlement européen. Elle formule les arguments et observations détaillés ci-après:

- La Malaisie considère que la référence expresse au colza et au tournesol cultivés dans l'Union européenne n'est pas un simple exemple illustratif, mais est une référence intentionnelle aux cultures cultivées dans l'Union européenne et, par conséquent, une indication de l'objectif réel de l'Union européenne. Même si la Malaisie ne laisse pas entendre que la preuve des objectifs protectionnistes et discriminatoires de la Directive RED II, avec ses particularités "ingénieuses" concernant le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, peut être trouvée dans la Résolution du Parlement européen, la Résolution avait clairement créé les conditions nécessaires aux actions et politiques élaborées par la Commission européenne dans le Règlement délégué.

- La Malaisie estime avoir démontré de manière convaincante et concluante l'existence de ces caractéristiques protectionnistes et discriminatoires des mesures de l'UE dans son argumentation, mais regrette qu'un seul membre du Groupe spécial ait compris l'approche globale de l'Union européenne et la réalité du système "conçu" dans le cadre de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ainsi que ses objectifs réels.

- Elle juge aussi plutôt étrange que, même s'il apparaît que le Groupe spécial accepte d'une manière générale la validité du mécanisme des CIAS en tant qu'outil permettant à l'Union européenne de poursuivre son objectif légitime, il l'écarte visiblement lorsque la Malaisie l'utilise pour contester les hypothèses des mesures de l'UE et l'approche erronée en ce qui concerne les conséquences probables. En fait, le Groupe spécial indique que la "référence au colza et au tournesol cultivés dans l'Union n'est pas tant l'admission d'un objectif protectionniste qu'un exemple illustratif ("telles que …") de matières premières oléagineuses qui ne sont pas cultivées dans des régions tropicales où il existe un risque de remplacement par d'autres huiles végétales tropicales".

- Sur la base de l'approche fondée sur les CIAS, la question de savoir si le colza et le tournesol sont des "matières premières oléagineuses qui ne sont pas cultivées dans des régions tropicales où il existe un risque de remplacement par d'autres huiles végétales

tropicales" ne devrait pas avoir d'importance. Le remplacement des biocarburants dérivés du palmier à huile sur le marché de l'UE exigera assurément une plus grande utilisation d'autres "produits similaires", qui seront sans nul doute produits à partir du soja, du colza ou du tournesol. Que cela résulte directement de l'expansion de ces cultures sur des terres présentant un important stock de carbone ou indirectement d'un détournement de l'utilisation des ressources existantes d'autres utilisations finales pour la production de biocarburants, cela pourrait bien conduire à de futurs CIAS, y compris à une possible expansion des plantations de palmiers à huile pour ses diverses utilisations.

- Pourtant, l'Union européenne ainsi qu'apparemment le Groupe spécial ne semblent pas en avoir conscience, ni examiner cela dans le cadre du fonctionnement global de l'approche fondée sur les CIAS ni l'intégrer dans leur évaluation du caractère réel de l'objectif recherché par l'Union européenne. Cet objectif n'est pas la protection de l'environnement, mais la protection des producteurs de cultures oléagineuses de l'UE, ingénieusement "maquillée" en protection de l'environnement et conservation des ressources naturelles épuisables.

6.22. L'Union européenne note que la Malaisie invite le Groupe spécial à réviser son appréciation des éléments de preuve. Or les deux parties ont présenté des communications concernant la pertinence de la Résolution du Parlement européen et leurs positions respectives ont été évaluées par le Groupe spécial. Par conséquent, l'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel il existe des motifs pour lesquels le Groupe spécial devrait réviser ses constatations dans ce paragraphe du rapport intérimaire. Elle renvoie le Groupe spécial à la section 4.4.8 de sa première communication écrite.

6.23. Le Groupe spécial note que les observations de la Malaisie sur le paragraphe 7.259 réitèrent les arguments qu'elle a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées, et s'accompagnent d'une demande générale visant à ce qu'il revoie son évaluation de ces questions. Il estime que ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[172]

6.24. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant l'"[a]llégation de protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement", la Malaisie formule des observations sur les **paragraphes 7.261 et 7.262** qui se rapportent à l'avis juridique interne de la Commission européenne. Elle formule les arguments et observations détaillés ci-après:

- La Malaisie observe que l'avis juridique interne de la Commission européenne a soulevé la question de l'incompatibilité avec les règles de l'OMC précisément parce que la Direction générale du commerce de la Commission européenne a considéré que la modification proposée par le Parlement européen était de nature protectionniste.

- En particulier, la Direction générale du commerce de la Commission européenne a considéré qu'"il appara[issait] que [la proposition] viol[ait] les obligations de non-discrimination au titre de l'article I$^{er}$ et de l'article III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) car elle établi[ssait] un traitement indûment différencié entre des produits qui [étaient] manifestement "similaires"". En outre, l'avis juridique interne de la Commission détaille les effets potentiels sur le commerce, considérant qu'une mesure qui découragerait l'utilisation de l'huile de palme comme matière première pour biocarburants aurait "une incidence importante sur les courants d'échanges".

- La Malaisie sait bien que l'avis juridique interne de la Commission européenne ne concernait pas les mesures en cause en tant que telles. Elle continue cependant de penser que cet avis juridique interne est un élément important de preuve indicative dans l'interprétation des mesures en cause et de l'objectif qu'elles sont censées atteindre.

[172] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

- Plus spécifiquement, la Résolution du Parlement européen énonçait l'un des objectifs du Parlement européen en ce qui concerne la Directive RED II, à savoir interdire l'utilisation de l'huile de palme comme matière première pour biocarburants. Cette interdiction pure et simple aurait été incompatible avec les obligations de l'Union européenne dans le cadre de l'OMC, comme le laisse entendre l'avis juridique interne de la Commission européenne fourni dans la pièce MYS-44. Ainsi, l'Union européenne devait trouver un autre moyen d'atteindre ce même objectif, et elle a décidé de le faire au moyen d'un mécanisme complexe en lien avec les risques de CIAS présentés par les matières premières pour biocarburants. Et par un concours de circonstances, mais sans surprise, l'huile de palme a fini par être la seule matière première pour biocarburants considérée comme présentant un risque élevé de CIAS, dont la comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union européenne en matière d'énergies renouvelables serait progressivement éliminée dans l'ensemble de l'Union européenne d'ici à 2030.

6.25. L'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel les constatations doivent être réexaminées et souligne que l'observation de la Malaisie ne reflète pas la portée ni la teneur de l'avis juridique interne figurant dans la pièce MYS-44 qui, comme l'indique le Groupe spécial, concernait des modifications qui n'avaient pas été adoptées par les colégislateurs ni incluses dans la Directive RED II. Elle renvoie à la section 4.47 de sa première communication écrite.

6.26. Le Groupe spécial note que les observations de la Malaisie sur le paragraphe 7.259 réitèrent les arguments qu'elle a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées, et s'accompagnent d'une demande générale visant à ce qu'il revoie son évaluation de ces questions. Il estime que ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[173]

6.27. Dans le contexte de ses constatations au titre de l'article 2.2 concernant la légitimité de l'objectif des mesures en cause, le Groupe spécial rappelle les conclusions qu'il a formulées dans le contexte de son analyse des normes ISO au titre de l'article 2.4. Au paragraphe 7.289, il fait référence à ses conclusions antérieures au titre de l'article 2.4. Au paragraphe 7.290, il "conclut …, à la lumière de ses constatations au titre de l'article 2.4, que les normes ISO mentionnées par la Malaisie n'"excluent pas la prise en compte des CIAS" dans le contexte des mesures visant à réglementer les émissions de GES." Dans ses observations sur les **paragraphes 7.289 et 7.290**, la Malaisie indique qu'elle "approuve et salue la constatation du Groupe spécial" figurant au paragraphe 7.289 selon laquelle "les normes ne couvraient pas les CIAS". Elle indique qu'elle a fait valoir que les normes ISO examinées "ne concern[aient] pas explicitement ni directement la question des CIAS et que c'[était] exactement cette circonstance qui, selon [elle], jet[ait] un doute important sur le concept de CIAS". Elle ajoute que, "[c]ependant, le fait que le concept de CIAS ne soit incorporé dans aucune norme internationale existante compromet effectivement la légitimité de l'utilisation de ce concept et des mesures fondées sur celui-ci." Elle réitère la même observation au sujet du **paragraphe 7.513** du rapport, dans lequel le Groupe spécial répète les constatations qu'il a formulées au titre de l'article 2.4 et de l'article 2.2 dans le contexte de son analyse au titre de l'article 2.1.

6.28. L'Union européenne conteste que la constatation selon laquelle il n'existe pas de normes internationales pertinentes en ce qui concerne les CIAS démontre que les mesures fondées sur ce concept sont dénuées de légitimité. Elle renvoie d'une manière générale à ses communications écrites, mais observe en outre que, si tel devait être le cas, il serait impossible ou "illégitime" pour un Membre de réglementer en l'absence de normes internationales existantes. Cela ne reflète pas la logique ni la structure de l'Accord OTC.

6.29. Compte tenu de l'observation de la Malaisie, le Groupe spécial juge utile de souligner que les paragraphes visés par les observations de la Malaisie (à savoir les paragraphes 7.289 et 7.513) sont des paragraphes du rapport qui apparaissent dans le contexte de ses constatations au titre de l'article 2.2 et 2.1 qui renvoient aux conclusions qu'il a formulées dans le contexte de son analyse au titre de l'article 2.4. Ainsi, la déclaration figurant au paragraphe 7.289 (selon laquelle "les normes ne couvraient pas les CIAS"), que la Malaisie qualifie de "constatation" qu'elle "approuve et salue", doit être interprétée en conséquence, c'est-à-dire comme reprenant les conclusions formulées dans

[173] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

le contexte de l'article 2.4. Le Groupe spécial considère que la répétition par la Malaisie de son argument (à savoir selon lequel "le fait que le concept de CIAS ne soit incorporé dans aucune norme internationale existante compromet effectivement la légitimité du recours à ce concept et des mesures fondées sur celui-ci") est une question dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinée, et n'appelle aucune réponse spécifique.

6.30. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant l'"[e]xistence d'un risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées à la production de biocarburants dérivés de cultures", le **paragraphe 7.304** évoque le rapport du GIEC *Changement climatique et terres émergées*. Dans ce contexte, le Groupe spécial examine une déclaration concernant la "faible confiance dans l'attribution des émissions liées aux CIAS à la bioénergie" et constate que la "déclaration lue dans son contexte porte uniquement sur l'incertitude et la variabilité qui entourent l'attribution d'un effet lié aux CIAS particulier à une matière première particulière et non, plus généralement, sur une évaluation d'une faible confiance dans l'affirmation selon laquelle il existe un lien de causalité entre la production de biocarburants dans son ensemble et les effets liés aux CIAS". La Malaisie formule les arguments et observations détaillés ci-après:

- La Malaisie ne souscrit pas à cette interprétation et attire l'attention du Groupe spécial sur les explications ci-après qui figurent dans la même section du rapport du GIEC: "les estimations des émissions liées aux CIAS sont incertaines par définition, font l'objet de débats dans la communauté scientifique et dépendent largement des hypothèses de modélisation, comme les élasticités de l'offre/la demande, les estimations de la productivité, l'inclusion ou l'exclusion des crédits d'émission pour les coproduits et l'échelle du déploiement des biocarburants. Dans certains cas, on estime que les effets des CIAS conduisent à des réductions des émissions. Par exemple, les effets induits par le marché de la bioénergie en Amérique du Nord ont montré un potentiel d'accroissement des stocks de carbone en favorisant la conversion de pâturages ou de terres marginales en forêts".

- De fait, le paragraphe correspondant du rapport du GIEC conclut ensuite ce qui suit: "[i]l existe une grande variabilité des valeurs de CIAS pour différents types de biocarburants, de -75-55 gCO2 MJ-1. Il y a une faible confiance dans l'attribution des émissions liées aux CIAS à la bioénergie".

- Compte tenu du contexte plus large fourni dans ce paragraphe du rapport du GIEC, qui indique que "les estimations des émissions liées aux CIAS sont incertaines par définition, font l'objet de débats dans la communauté scientifique et dépendent largement des hypothèses de modélisation" et que "[d]ans certains cas, on estime que les effets des CIAS conduisent à des réductions des émissions", la Malaisie considère que la référence à la "faible confiance" doit être interprétée comme renvoyant à la difficulté plus générale d'attribuer des CIAS aux matières premières pour biocarburants.

6.31. L'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel cette constatation devrait être réexaminée. Le rapport du GIEC a fait l'objet d'un grand nombre de discussions et de communications au cours de la procédure. L'Union européenne renvoie aux arguments qu'elle a formulés concernant ces points (y compris, par exemple, à sa réponse à la question n° 13 du Groupe spécial).

6.32. Le Groupe spécial note que les observations de la Malaisie sur le paragraphe 7.304 réitèrent les arguments qu'elle a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées. Il estime que ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[174]

6.33. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant l'"[e]xistence d'un risque lié aux émissions de GES liées à des CIAS présenté par la production de biocarburants dérivés de cultures", la dernière phrase du **paragraphe 7.306** indique que les mesures de l'UE en cause ne font pas de distinction entre les moteurs spécifiques de l'expansion vers des terres présentant un important stock de carbone, comme cela est expliqué plus avant dans la section traitant de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.1. Dans son observation sur le paragraphe 7.306, la

[174] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

Malaisie n'est pas de cet avis. Elle estime que, bien que les mesures ne concernent de fait que les CIAS, les mesures en cause, telles qu'elles s'appliquent actuellement, font effectivement une distinction entre des moteurs donnés, c'est-à-dire entre les matières premières pour biocarburants provenant du palmier à huile et les matières premières pour biocarburants provenant d'autres cultures. Si l'Union européenne souhaitait traiter les risques de CIAS de toutes les cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, les mesures en cause, à savoir le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, ne devraient pas s'appliquer aux seuls biocarburants dérivés du palmier à huile mais à tous les biocarburants dérivés de cultures. Même si les mesures s'appliquent effectivement à toutes les cultures, l'Union européenne estime que seule l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants dépasse les seuils à partir desquels elle est considérée comme présentant un risque élevé de CIAS (en soi et dans son ensemble), et les mesures ne déploient leur effet limitatif qu'à l'égard de l'huile de palme alors que les éventuels risques de CIAS présentés par d'autres cultures ne sont pas traités.

6.34. L'Union européenne ne considère pas qu'un réexamen de ces constatations soit nécessaire et ne souscrit pas à l'affirmation selon laquelle les CIAS relatifs à d'autres biocarburants conventionnels ne sont pas traités. La part maximale de 7% s'applique à tous les biocarburants. La formule est appliquée à tous les biocarburants conventionnels et, par conséquent, leur risque de CIAS est évalué.

6.35. Le Groupe spécial note que les observations de la Malaisie sur le paragraphe 7.306 réitèrent les arguments qu'elle a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées. Il estime que, d'une manière générale, ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part, si ce n'est pour indiquer que ses constatations concernant cette question sont exposées dans le contexte de son analyse de l'article 2.1 (tel qu'indiqué au paragraphe 7.306). Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[175]

6.36. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant les "[a]ctivités agricoles et CIAS et émissions de GES liées aux CIAS associés en question se produisant hors du territoire de l'Union européenne", la Malaisie conteste le **paragraphe 7.315**, dont la partie pertinente indique que les mesures visent à réglementer la question de savoir si et dans quelle mesure les produits qui approvisionnent le marché des combustibles utilisés pour les transports de l'UE peuvent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, "et à remédier aux incidences négatives en termes de CIAS que la demande de l'UE en biocarburants dérivés de cultures pourrait avoir". Elle indique que, étant donné les incertitudes qui entourent le concept de CIAS et l'hypothèse de futurs "effets défavorables des CIAS", elle demande la suppression de cette partie de la phrase.

6.37. L'Union européenne s'oppose à la suppression proposée. Selon elle, le texte indique avec exactitude que les mesures visent à remédier aux effets des CIAS causés par la demande de l'UE.

6.38. Le Groupe spécial partage l'avis de la Malaisie dans la mesure où son observation repose sur l'idée que les groupes spéciaux devraient généralement s'abstenir de formuler des constatations qui impliquent des conjectures sur des événements futurs et hypothétiques.[176] Toutefois, il ne considère pas que le paragraphe 7.315, et en particulier la référence aux "incidences négatives en termes de CIAS que la demande de l'UE en biocarburants dérivés de cultures pourrait avoir", implique des conjectures sur des événements futurs et hypothétiques. Les mots "pourrait avoir" (et non les mots "a" ou "a actuellement" par exemple) indiquent simplement le degré d'incertitude concernant les incidences négatives en termes de CIAS qui sont associées à la demande de l'UE en biocarburants dérivés de cultures. Par conséquent, le Groupe spécial n'a apporté aucune modification au paragraphe 7.315.

6.39. Dans le contexte de la "[c]onclusion [générale] concernant la légitimité de l'objectif" formulée par le Groupe spécial au **paragraphe 7.317**, la Malaisie indique qu'elle conteste les considérations du Groupe spécial ayant trait à l'objectif allégué de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Elle estime que le Groupe spécial ne tient pas compte de la différence entre l'objectif et la façon dont les mesures sont appliquées, c'est-à-dire du

[175] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

[176] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Arabie saoudite – DPI*, paragraphe 7.82 (citant des rapports de Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel).

fait que celles-ci ne limitent pas les émissions de GES liées aux CIAS qui proviennent de biocarburants dérivés de toutes les cultures, mais limitent seulement celles qui proviennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, étant donné que les mesures spécifiques en cause ne s'appliquent effectivement qu'au biocarburant dérivé du palmier à huile. Elle considère donc que le Groupe spécial n'a pas évalué les mesures en cause dans leur intégralité ni telles qu'elles étaient appliquées dans la pratique. Elle demande au Groupe spécial de réexaminer et de revoir les constatations connexes.

6.40. L'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel ces constatations doivent être réexaminées et indique que le Groupe spécial a évalué les arguments des parties concernant la légitimité des objectifs poursuivis.

6.41. Le Groupe spécial note que les observations de la Malaisie sur le paragraphe 7.317 réitèrent les arguments qu'elle a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées. Il estime que, d'une manière générale, ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[177]

6.42. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant les "[r]isques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait", la Malaisie formule une observation sur la conclusion du Groupe spécial énoncée au **paragraphe 7.342**. Elle souligne que les "risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait" et la "contribution à l'objectif" sont des éléments du critère de soupesage et de mise en balance et doivent être examinés conjointement et l'un par rapport à l'autre. Elle estime qu'à la lumière de ce critère de mise en balance, le Groupe spécial ne peut pas arriver à une conclusion concernant un élément puis examiner l'autre élément à la lumière de la conclusion formulée à l'égard du premier.

6.43. L'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur dans son approche analytique (et renvoie à sa première communication écrite, section 7.3.1.2, section 7.3.2, paragraphes 810 à 812, et section 7.3.4.2).

6.44. Le Groupe spécial ne souscrit pas à l'observation de la Malaisie, qui revient manifestement à dire qu'il ne peut formuler aucune conclusion individuelle sur aucun des éléments individuels du critère de soupesage et de mise en balance au titre de l'article 2.2. Il ne voit pas en quoi la tâche consistant à identifier les risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait dépendrait de la façon dont ces risques, une fois identifiés, sont mis en balance avec la contribution de la mesure à son objectif. En outre, il est courant que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel s'efforcent de rendre leurs analyses claires en formulant des conclusions sur chaque élément du critère de soupesage et de mise en balance.

6.45. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant la "[c]ontribution à l'objectif", la Malaisie demande au Groupe spécial de préciser comment il est parvenu à la conclusion énoncée au **paragraphe 7.348** selon laquelle "les mesures sont à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures". Elle formule les arguments et observations détaillés ci-après (qu'elle réitère ultérieurement dans le contexte du **paragraphe 7.1080**, dans lequel le Groupe spécial rappelle ces constatations aux fins de l'analyse au titre de l'article XX):

- La Malaisie conteste en particulier la simple déclaration selon laquelle "[l]es mesures ont, de par leur conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation de tous les biocarburants dérivés de cultures dans l'UE et élimineront, d'ici à 2030, la demande et la consommation dans l'UE induites par la Directive RED II de ces biocarburants dérivés de cultures considérés comme présentant un risque élevé de CIAS", qui apparaît comme le seul fondement de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle "les mesures sont à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures".

[177] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

- La Malaisie estime que les mesures n'ont pas d'"effet limitatif sur la demande et la consommation de tous les biocarburants dérivés de cultures dans l'UE et élimineront, d'ici à 2030, la demande et la consommation dans l'UE induites par la Directive RED II de ces biocarburants dérivés de cultures considérés comme présentant un risque élevé de CIAS". En fait, comme il a déjà été indiqué plus haut, les mesures en cause, telles qu'elles sont actuellement conçues et effectivement appliquées, ne limiteront que la demande dans l'UE de biocarburants dérivés du palmier à huile. En fait, les mesures n'élimineront pas la demande et la consommation dans l'UE induites par la Directive RED II des biocarburants dérivés de cultures présentant un risque élevé de CIAS, mais accroîtront, au moins dans un premier temps et peut-être seulement à titre temporaire, la plantation de certaines cultures oléagineuses autres que le palmier à huile, avec l'effet pervers qu'une expansion nette sur des terres présentant un important stock de carbone sera d'abord nécessaire jusqu'à ce que, après un examen non programmé, l'Union européenne puisse actualiser son Règlement délégué et peut-être considérer que d'autres cultures oléagineuses présentent également un risque élevé de CIAS. Un risque élevé de CIAS que, paradoxalement, ces mêmes mesures de l'UE auront provoqué.

- En outre, compte tenu de l'efficacité en termes de rendement du palmier à huile par rapport à d'autres cultures oléagineuses, on peut aussi s'attendre à ce que, comparativement, il faille beaucoup plus de terres pour les plantations afin de compenser l'absence sur le marché de biocarburants dérivés du palmier à huile, ce qui va à l'encontre de l'objectif même des mesures de l'UE. Malheureusement, il apparaît qu'il ne sera possible de le comprendre, et éventuellement de le mesurer, qu'*a posteriori*; or, de toute évidence, l'Union européenne et la majorité au sein du Groupe spécial font visiblement abstraction de cette réalité et préfèrent une approche purement formaliste à une approche vraiment soucieuse de l'environnement et de l'atténuation du changement climatique.

- La Malaisie ne souscrit absolument pas à l'affirmation du Groupe spécial selon laquelle "les mesures sont à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures", et estime que cette interprétation erronée de la dynamique du marché, des mesures en cause de l'UE et des effets futurs de ces mesures donne lieu à des hypothèses erronées et à des conclusions erronées.

- La Malaisie demande au Groupe spécial de reconsidérer sa position sur cette question cruciale.

6.46. L'Union européenne note que la Malaisie invite le Groupe spécial à revoir ses constatations sur la nature et le fonctionnement du régime de l'UE applicable aux biocarburants. En dépit des communications détaillées sur ces questions, les observations de la Malaisie trahissent le fait qu'elles ne reconnaissent pas la manière dont la part maximale de 7% et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont précisément conçues pour inciter les États membres à modifier leur bouquet énergétique et, par conséquent, éviter de stimuler davantage la demande des consommateurs pour les biocarburants conventionnels, y compris l'huile de palme. L'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel le Groupe spécial devrait réviser ses constatations concernant ce point central et renvoie à toutes les communications antérieures concernant cette question.

6.47. Le Groupe spécial considère que ses constatations au titre de l'article 2.2 expliquent déjà comment il est parvenu à la conclusion selon laquelle les mesures sont à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Il note que l'observation qu'elle formule sur le paragraphe 7.348, bien que présentée comme une demande d'éclaircissements, réitère essentiellement les arguments que la Malaisie a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées. Il estime que, d'une manière générale, ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[178]

[178] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

6.48. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant les mesures de rechange qu'elle a proposées, la Malaisie formule des observations analogues sur les première, deuxième, troisième et cinquième mesures de rechange proposées. S'agissant de la première mesure de rechange proposée, elle formule des observations sur les constatations formulées par le Groupe spécial au **paragraphe 7.377**. Elle formule les arguments et observations détaillés ci-après en ce qui concerne la première mesure de rechange proposée et étend ensuite ces observations aux deuxième, troisième et cinquième mesures de rechange proposées:

- Premièrement, la Malaisie demande au Groupe spécial d'expliquer comment il est parvenu à la conclusion selon laquelle "il apparaît que [la mesure de rechange proposée] est sans lien avec l'objectif spécifique poursuivi par la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS".

- Deuxièmement, dans le cadre de son approche, la Malaisie a identifié une mesure de rechange pour remplacer le concept de CIAS, dont elle a fait valoir qu'elle était disponible dans un système de type FLEGT, mis en œuvre de manière satisfaisante par l'Union européenne à l'égard de nombreux partenaires commerciaux. Il convient également d'indiquer qu'il apparaît à la Malaisie que le Groupe spécial a accepté l'argument de l'UE selon lequel les CIAS étaient un concept adéquat pour atteindre les objectifs déclarés de l'Union européenne. La Malaisie a fait valoir à plusieurs reprises que cette approche globale et les seuils relatifs aux CIAS étaient inéquitables et donnaient lieu à des hypothèses et à des conclusions erronées, et en particulier que les résultats étaient déraisonnablement restrictifs pour le commerce de certaines cultures et/ou certains pays. Comme elle l'a fait valoir dans ses communications, elle considère que l'approche de l'Union européenne fondée sur des données agrégées relatives au changement réel dans l'affectation des sols (CDAS) n'est pas appropriée pour prévoir le risque de CIAS. Ce risque de CIAS s'applique ensuite à l'intégralité d'une culture au niveau mondial, sans tenir compte des conditions locales, des cadres juridiques ni des mécanismes d'application qui différencient tous les pays en ce qui concerne l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone. La Malaisie dispose de ces systèmes, comme elle l'a démontré en détail dans ses communications, lutte depuis longtemps contre la déforestation et l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, en particulier s'agissant de la culture du palmier à huile, et, pour cette raison, a préconisé une approche de type FLEGT comme mesure de rechange aux CIAS.

- Troisièmement, ce que ses mesures de rechange visaient principalement à traiter c'était le caractère restrictif pour le commerce des mesures de l'UE à l'égard des possibilités commerciales de différents pays et partenaires commerciaux de l'UE, comme la Malaisie.

- Dans le contexte des constatations que le Groupe spécial a formulées au sujet des deuxième, troisième et cinquième mesures de rechange proposées (et en particulier aux **paragraphes 7.380, 7.383 et 7.391**), la Malaisie indique que, compte tenu de l'approche plutôt mécanique suivie par le Groupe spécial, elle renvoie à son observation sur l'analyse par le Groupe spécial de la première mesure de rechange qu'elle a proposée, qui s'applique *mutatis mutandis* aux deuxième, troisième et cinquième mesures de rechange qu'elle a proposées. Elle demande également au Groupe spécial d'expliquer comment il est parvenu à la conclusion selon laquelle "il apparaît que [chacune de ces mesures de rechange proposées] est sans lien avec l'objectif spécifique poursuivi par la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS".

6.49. L'Union européenne note que la Malaisie invite le Groupe spécial à revoir les constatations qu'il a formulées à l'égard des première, deuxième, troisième et cinquième mesures de rechange proposées. Or les deux parties ont présenté des communications à cet égard et leurs positions respectives ont été évaluées par le Groupe spécial (l'Union européenne renvoie en outre à sa première communication écrite, paragraphes 896 à 948 et 954 à 972). La Malaisie fait également valoir que le Groupe spécial n'a pas expliqué en quoi ces mesures de rechange proposées étaient sans lien avec l'objectif spécifique poursuivi par la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Le Groupe spécial a pourtant expliqué qu'il apparaissait que toutes ces mesures de rechange visaient les CDAS. De même, l'Union européenne observe que la Malaisie conteste la façon dont le Groupe spécial a cité les arguments de l'Union européenne. Elle rappelle que les arguments respectifs de chaque partie ont été examinés

et s'oppose à l'implication selon laquelle le Groupe spécial ne devrait pas se référer aux communications de l'Union européenne dans l'exposé de son évaluation. Pour toutes ces raisons, elle ne partage pas l'avis selon lequel il existe des motifs pour lesquels le Groupe spécial devrait réviser ses constatations dans ces paragraphes du rapport intérimaire.

6.50. Le Groupe spécial considère que ses constatations au titre de l'article 2.2 expliquent déjà comment il est parvenu à la conclusion selon laquelle il apparaissait que ces mesures de rechange proposées étaient sans lien avec l'objectif spécifique poursuivi par la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il note que l'observation de la Malaisie sur les constatations qu'il a formulées, bien que présentée comme une demande d'éclaircissements, réitère essentiellement les arguments que la Malaisie a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées. Le Groupe spécial estime que, d'une manière générale, ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[179]

6.51. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant la quatrième mesure de rechange qu'elle a proposée, à savoir la "[q]uatrième mesure de rechange proposée: des contingents en matière d'accès aux marchés", la Malaisie indique (après le **paragraphe 7.388**) qu'elle souhaite formuler des observations sur les considérations du Groupe spécial au sujet de la mesure de rechange proposée, intitulée de manière simpliste "contingents en matière d'accès aux marchés", qui, selon elle, n'a pas été correctement comprise. Elle formule les arguments et observations détaillés ci-après:

*Introduction*

- Pour le dire simplement, la Malaisie estime qu'à la différence des autres mesures de rechange qu'elle avait proposées et dont le Groupe spécial a considéré qu'elles étaient des solutions de rechange inadaptées pour remplacer un système fondé sur les CIAS, la mesure de rechange raisonnablement disponible et moins restrictive pour le commerce qui est proposée dans ce cas serait parfaitement conforme à l'objectif poursuivi par l'Union européenne dans le cadre de l'approche fondée sur les CIAS. En fait, aux seules fins de cette argumentation, supposons que la Malaisie souscrive à la mise en œuvre d'une ou des mesures en cause de l'Union européenne.

- Le plafond pour risque élevé de CIAS a commencé à fonctionner le 1er juillet 2021, exigeant que "la part des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, présentant un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols et dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone, n'excède pas le niveau de consommation de ces combustibles ou carburants" dans tout État membre concerné au niveau de 2019. C'est ce qu'on appelle le plafond pour risque élevé de CIAS. Il apparaît que le Groupe spécial considère que cela ne constitue pas une restriction au sens de l'article XI du GATT, et l'Union européenne a également fait valoir à plusieurs reprises qu'il ne s'agissait pas d'une interdiction ni d'une restriction au sens de l'article XI du GATT. Aux fins de l'application de cette mesure de rechange proposée par la Malaisie, supposons que la Malaisie souscrive à cette interprétation.

- Le plafond pour risque élevé de CIAS aux niveaux de 2019 est actuellement appliqué et perdurera jusqu'au 31 décembre 2023. En substance, la mesure de rechange proposée par la Malaisie prévoit que ce plafond restera en place indéfiniment (sauf s'il est étendu ou abrogé), qu'il ne diminuera pas progressivement pour s'établir à 0% entre le 31 décembre 2023 et le 31 décembre 2030 au plus tard et que les possibilités de continuer à contribuer aux objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables au moyen des biocarburants dérivés du palmier à huile seront garanties aux niveaux de 2019 et réparties entre les pays fournisseurs.

- Cette mesure de rechange proposée ne porterait pas atteinte à la Directive RED II ni au cadre juridique relatif aux CIAS, serait évidemment moins restrictive pour le commerce

[179] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

qu'une élimination progressive complète, est raisonnablement disponible et apporterait une contribution équivalente à l'objectif choisi de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Il convient de souligner que cela est particulièrement vrai pour une culture pérenne comme le palmier à huile, qui ne nécessite pas de replantation ni d'expansion pour continuer de contribuer aux niveaux de 2019 au marché des matières premières pour biocarburants de l'UE.

*La mesure de rechange et les arguments provisoires énoncés dans le rapport intérimaire*

- Pour la Malaisie, il paraît incroyablement simple de comprendre et de visualiser la mesure de rechange proposée pour ce qui est de ses effets moins restrictifs. Plus spécifiquement, la mesure de rechange proposée s'appliquerait pour réaliser les objectifs poursuivis par l'Union européenne et permettre la prévention des effets non nécessaires et punitifs sur le commerce des pays producteurs d'huile de palme, en préservant les possibilités socioéconomiques que ce commerce offre aux communautés du monde entier, en particulier les petits exploitants. La Malaisie examine à présent les arguments spécifiques du Groupe spécial et de l'Union européenne qui ont amené le Groupe spécial à considérer que cette mesure de rechange n'apporterait pas "une contribution équivalente à l'objectif poursuivi par rapport à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS" et ne serait donc pas une mesure de rechange valable.

- Premièrement, le Groupe spécial cite l'argument de l'Union européenne selon lequel "maintenir des contingents indépendamment de l'association d'une certaine matière première pour biocarburants dérivés de cultures oléagineuses à une certaine avancée sur des terres présentant un important stock de carbone irait à l'encontre de l'objectif consistant à ne pas encourager les matières premières présentant un risque élevé de CIAS". À cet égard, la Malaisie estime que cela n'est tout simplement pas vrai. En fait, le plafond pour risque élevé de CIAS en place décourage déjà l'utilisation de l'huile de palme comme matière première pour biocarburants sur le marché de l'UE. Le maintien de l'accès aux niveaux de 2019 n'encourage pas une nouvelle expansion parce que les plantations fournissant ces cultures existent déjà et continueront de produire pendant de nombreuses années à venir puisque le palmier à huile est une culture pérenne. Ni la Directive RED II, ni le Règlement délégué, ni les communications de l'Union européenne ne contiennent une explication du point de savoir quel rôle spécifique jouerait l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS (c'est-à-dire une diminution progressive jusqu'à atteindre zéro entre le 31 décembre 2023 et le 31 décembre 2030) en ce qui concerne la suppression des incitations à une nouvelle expansion sur des terres présentant un important stock de carbone (la Malaisie renvoie aux observations qu'elle a formulées plus haut en ce qui concerne le paragraphe 7.215). L'impossibilité d'étendre la production et la consommation de biocarburants dérivés du palmier à huile au-delà des niveaux de 2019 élimine déjà toute incitation prévue dans la Directive RED II. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les cultures pérennes, pour lesquelles les plantations existent déjà et continueront de produire, indépendamment des politiques de l'Union européenne. Par conséquent, il apparaît que l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS est de nature uniquement punitive et une caractéristique indûment restrictive de l'approche fondée sur les CIAS.

- Deuxièmement, le Groupe spécial cite l'argument de l'UE selon lequel la "mesure de rechange consistant à plafonner les importations de biocarburants présentant un risque élevé de CIAS à un certain niveau pourrait prendre la forme soit d'un système de restrictions à l'importation, ce qui constituerait une violation de l'article XI du GATT de 1994, soit *de facto* d'un système de contingents tarifaires associé à des droits prohibitifs hors contingent, ce qui serait contraire à la liste tarifaire de l'UE et donc à l'article II du GATT de 1994". Cela est incorrect et constitue une présentation erronée de la mesure de rechange proposée par la Malaisie. Dans la mesure de rechange proposée par la Malaisie, le système de ce qu'on appelle de manière simpliste "contingents d'accès aux marchés" ou, pour reprendre les mots de l'Union européenne des "restrictions à l'importation", ne différerait en aucun cas de ce que l'Union européenne met actuellement en œuvre au moyen du plafond pour risque élevé de CIAS applicable jusqu'au 31 décembre 2023. D'après ce que la Malaisie croit comprendre, l'Union européenne a fait valoir, et le Groupe spécial est visiblement enclin à penser, que ce système n'est pas une restriction à l'importation, ne constitue pas une violation de l'article XI du GATT de 1994 et, dans la

mesure où il apparaît qu'il viole l'article III du GATT, est généralement autorisé en vertu des justifications prévues par l'article XX b) et g) du GATT. Si tel était le résultat du présent différend, la mesure de rechange proposée par la Malaisie permettrait à l'UE de maintenir dans une large mesure son système en place, mais réduirait au minimum les effets restrictifs sur le commerce en autorisant que le plafond fixé aux niveaux de 2019 reste en place indéfiniment et en évitant les effets non nécessaires, déraisonnablement restrictifs et punitifs de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS. S'agissant du deuxième élément des arguments de l'UE, à savoir que cette mesure de rechange serait "un système de contingents tarifaires associé à des droits prohibitifs hors contingent, ce qui serait contraire à la liste tarifaire de l'UE et donc à l'article II du GATT de 1994", la Malaisie estime que, là encore, la solution de rechange proposée a été mal comprise ou présentée délibérément de manière erronée par l'UE. Elle n'a pas préconisé que les importations soient soumises à des contingents tarifaires, et certainement pas que de nouveaux niveaux tarifaires "contingentaires" ou "hors contingent" soient établis pour administrer la mesure de rechange qu'elle propose. À titre d'exemple, elle avait plus ou moins comparé ce système avec ceux qui sont normalement administrés par l'Union européenne au moyen de contingents tarifaires, mais il est clair dans ce cas que la mesure de rechange proposée ne réglementerait pas l'importation. Celle-ci réglementerait plutôt les quantités de biocarburants dérivés du palmier à huile pouvant être comptabilisées aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. De toute évidence, du fait de la possibilité de comptabiliser les biocarburants dérivés du palmier à huile aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables aux niveaux plafonnés de 2019, les effets commerciaux indirects des mesures de l'UE en cause seraient moins restrictifs pour le commerce.

- Troisièmement, en ce qui concerne la considération du Groupe spécial selon laquelle "[i]l n'est pas vrai que le niveau de la demande d'un biocarburant en particulier dans l'UE (par exemple le biocarburant dérivé de l'huile de palme) soit la seule variable qui concerne le point de savoir si une matière première franchit le seuil à partir duquel elle est considérée comme présentant un risque élevé de CIAS", la Malaisie tient à souligner qu'il faudrait alors également considérer cela en ce qui concerne les mesures prises en réponse à cette détermination. Au lieu de cela, les mesures de l'UE en cause traitent uniquement les matières premières pour biocarburants et tentent d'orienter la demande de certaines matières premières pour biocarburants dans l'UE. En tout état de cause, cette mesure de rechange proposée par la Malaisie permettrait de maintenir l'approche de l'UE, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, qui empêcherait toute nouvelle expansion et supprimerait toute incitation à augmenter davantage la culture du palmier à huile aux fins de la production de biocarburants dérivés du palmier à huile. Pour le dire simplement, la mesure en cause, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, resterait en place telle qu'elle est actuellement mise en œuvre par l'Union européenne, mais ses effets restrictifs *de facto* sur le commerce seraient réduits au minimum, compte tenu de la suppression de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Selon la Malaisie, cela devrait être la finalité du système de l'OMC et c'est, en particulier, le résultat que permettrait d'obtenir la mesure de rechange proposée examinée par le Groupe spécial.

- Quatrièmement, la Malaisie estime que l'argument avancé par le Groupe spécial selon lequel il "considère … que le volume de la consommation dans l'Union européenne à un moment donné ne serait pas un bon indicateur de la mesure dans laquelle la demande de biocarburants et de la matière première huile de palme dans l'UE peut causer des CIAS" n'est pas pertinent en ce qui concerne le fonctionnement de la mesure de rechange qu'elle propose. Là encore, pour le dire simplement, la mesure en cause, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, resterait en place telle qu'elle est actuellement mise en œuvre par l'Union européenne, mais ses effets restrictifs *de facto* sur le commerce seraient réduits au minimum, compte tenu de la suppression de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Maintenir indéfiniment la possibilité pour les biocarburants dérivés du palmier à huile d'être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables aux niveaux (plafonnés) de 2019 permettrait de fait d'éviter les effets non nécessaires et déraisonnablement restrictifs sur le commerce/punitifs de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS. La Malaisie estime que cela ne constituerait pas une solution de rechange pour remplacer l'ensemble de l'approche fondée sur les CIAS, ni un ajout visant à compléter celle-ci, précise qu'il ne s'agirait pas d'une mesure de rechange pour remplacer toutes les mesures de l'UE en cause et indique qu'il

s'agirait plutôt d'une solution de rechange par rapport aux effets prohibitifs de restriction du commerce qu'a l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, étant donné qu'elle permettrait au moins aux pays producteurs de poursuivre leurs échanges aux niveaux (plafonnés) qui étaient autorisés avant que l'huile de palme ne soit considérée comme présentant un risque élevé de CIAS.

*Conclusion*

- Par conséquent, sur la base des considérations qui précèdent, en ce qui concerne la conclusion formulée par le Groupe spécial selon laquelle la mesure de rechange qu'elle propose "n'apporterait pas une contribution équivalente à l'objectif poursuivi par rapport à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS", la Malaisie considère que la solution de rechange intitulée de façon simpliste "contingents d'accès aux marchés", qui est fondée sur le plafond pour risque élevé de CIAS, serait une solution de rechange raisonnablement disponible, moins restrictive pour le commerce, qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif choisi de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

- La Malaisie demande au Groupe spécial de réexaminer en conséquence l'évaluation qu'il a faite de cette mesure de rechange proposée.

6.52. L'Union européenne note que la Malaisie reprend ses communications et invite le Groupe spécial à revoir ses constatations concernant la quatrième mesure de rechange proposée, à savoir les contingents d'accès aux marchés. Or les deux parties ont présenté des déclarations à cet égard et leurs positions respectives ont été évaluées par le Groupe spécial (l'Union européenne fait référence à sa première communication écrite, paragraphes 949 à 953). La Malaisie fait valoir que le Groupe spécial n'applique pas sa constatation selon laquelle l'Union européenne n'est pas la seule variable qui concerne le point de savoir si une matière première peut être considérée comme présentant un risque élevé de CIAS à la mesure contestée qui "resterait en place". Cependant, elle ne tient pas compte du mécanisme de réexamen prévu à l'article 7 du Règlement délégué. Par conséquent, l'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel il existe des motifs pour lesquels Groupe spécial devrait réviser ses constatations dans ces paragraphes du rapport intérimaire.

6.53. Le Groupe spécial a décrit, au paragraphe 7.384 du présent rapport, la quatrième mesure de rechange proposée par la Malaisie. Cette description est fondée et alignée sur la description de la mesure figurant dans les communications de la Malaisie. Dans son observation détaillée sur cet aspect du rapport, la Malaisie décrit à présent cette mesure dans des termes substantiellement différents. De fait, elle fait à présent valoir que la quatrième mesure de rechange qu'elle propose est simplement le "plafond" pour risque élevé de CIAS sans l'"élimination progressive". Dans ces circonstances, le Groupe spécial juge approprié de limiter sa réponse aux observations ci-après. D'après ce que le Groupe spécial comprend, l'argument de la Malaisie repose sur l'interprétation selon laquelle si l'Union européenne maintenait le "plafond" pour risque élevé de CIAS, sans l'"élimination progressive", cela serait suffisant pour empêcher toute nouvelle expansion de la culture du palmier à huile et supprimer toute incitation destinée à augmenter davantage sa culture aux fins de la production de biocarburants dérivés du palmier à huile. Le Groupe spécial indique qu'il explique, dans son raisonnement exposé aux paragraphes 7.386 à 7.388, que le maintien d'un système de contingents d'accès aux marchés, comme le propose la Malaisie dans sa quatrième solution de rechange proposée, n'apporterait pas une contribution équivalente à l'objectif poursuivi par rapport à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Ce raisonnement, ainsi que l'explication qui suit dans ces paragraphes, est également pertinent pour la nouvelle version de cette mesure de rechange avancée par la Malaisie.

6.54. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant la sixième mesure de rechange qu'elle propose, qui correspond à l'approche appliquée par l'UE dans son initiative "zéro déforestation", la Malaisie indique qu'elle ne comprend pas très bien le raisonnement suivi par le Groupe spécial au **paragraphe 7.395**. Selon elle, il apparaît que le Groupe spécial fait valoir que la mesure de rechange qu'elle propose n'est pas "raisonnablement disponible", mais ne l'indique pas expressément et évoque plutôt l'idée que la mesure de rechange proposée "ne neutraliserait pas ni ne rendrait superflue ou sans importance la contribution que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS apportent à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures". La Malaisie fait valoir que, même si cela peut s'avérer être une tâche complexe, il s'agirait d'une solution

de rechange moins restrictive pour le commerce qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif choisi de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. À son avis, la réponse à la question de savoir si cette mesure est raisonnablement disponible tient dans le fait même que cette approche est actuellement déployée par l'Union européenne, en vertu du Règlement sur les produits "zéro déforestation", à l'égard non seulement de l'huile de palme, mais de nombreux autres produits dont l'Union européenne considère qu'ils risquent potentiellement de contribuer à la déforestation et à la dégradation des forêts, et pourrait facilement être reproduite par d'autres juridictions dans le monde.

6.55. L'Union européenne prend note du fait que la Malaisie fait valoir que l'existence du "Règlement de l'UE sur les produits "zéro déforestation"" démontre que sa sixième mesure de rechange proposée est raisonnablement disponible. Elle laisse entendre que la Malaisie invite en effet le Groupe spécial à examiner des éléments de preuve et des objets additionnels. En tout état de cause, l'argument de la Malaisie implique un raccourci analytique incorrect. Pour les raisons indiquées par le Groupe spécial dans ses constatations, et conformément aux communications de l'Union européenne, la solution de rechange proposée par la Malaisie ne traiterait pas les CIAS d'une manière équivalente. Pour ce faire, celle-ci devrait être répliquée dans d'autres juridictions. L'Union européenne observe qu'il ne s'agit pas d'une question sur laquelle elle exerce un contrôle réglementaire. Cela est clairement pertinent pour ce qui est d'examiner si cette mesure de rechange est raisonnablement disponible pour l'Union européenne.

6.56. Pour les raisons que le Groupe spécial a déjà expliquées au paragraphe 7.395, l'option proposée par la Malaisie ne constituerait pas une "mesure de rechange" et sa mise en place apparente par l'Union européenne ne modifierait pas l'évaluation du Groupe spécial à cet égard. Le Groupe spécial indique que le raisonnement qu'il a exposé au paragraphe 7.395, qui est visé par l'observation de la Malaisie, applique l'approche déjà expliquée au paragraphe 7.374. Dans ce paragraphe 7.374, il a expliqué ce qui suit: i) une "mesure de rechange" est une mesure qui ne pourrait pas coexister avec une mesure contestée sous sa forme actuelle, ou qui pourrait coexister mais dont la mise en œuvre parallèlement à celle de la mesure contestée neutraliserait ou rendrait superflue ou sans importance la contribution que la mesure contestée est à même d'apporter à son objectif; et ii) une "mesure complémentaire" est une mesure qui pourrait coexister avec une mesure contestée sous sa forme actuelle et dont la mise en œuvre parallèlement à la mesure contestée ne neutraliserait pas ni ne rendrait superflue ou sans importance la contribution que la mesure contestée est à même d'apporter à son objectif.

### 6.3.3 Article 2.1 – Non-discrimination

6.57. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial sur la "[n]ature *de facto* de l'incidence préjudiciable" sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé, l'Union européenne conteste l'évaluation faite par le Groupe spécial au **paragraphe 7.488** selon laquelle "[b]ien que la Malaisie ait démontré que les biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja sont similaires, l'Union européenne semble uniquement comparer le traitement du biocarburant dérivé de l'huile de palme produit dans l'UE et de celui qui est importé." Elle conteste cette phrase et renvoie le Groupe spécial au paragraphe 720 de sa première communication écrite dans lequel elle fait valoir que la "Malaisie doit démontrer que la ou les mesures visées par la plainte "modifie[nt] les conditions de concurrence" au détriment du groupe des produits importés (ou groupe des produits étrangers). Cette analyse est absente de la première communication écrite de la Malaisie. Les arguments de la Malaisie se limitent essentiellement à de simples affirmations au sujet des effets de la mesure contestée sur les biocarburants dérivés de l'huile de palme malaisiens." L'Union européenne renvoie également au paragraphe 90 de sa deuxième communication écrite.

6.58. La Malaisie ne répond pas à l'observation de l'Union européenne.

6.59. Le Groupe spécial fait observer que, dans le raisonnement qu'il a exposé aux paragraphes 7.486 à 7.488, il examine le point réaffirmé par l'Union européenne selon lequel le "biocarburant dérivé de l'huile de palme est traité d'une manière identique dans le Règlement, qu'il soit produit dans l'Union européenne ou dans tout autre Membre de l'OMC".[180] Il note également l'argument de l'Union européenne selon lequel il doit comparer le traitement du groupe des produits importés avec le traitement accordé "exactement au même groupe de produits similaires" originaires

[180] Union européenne, réponse à la question n° 19 du Groupe spécial, paragraphe 113; et première communication écrite, paragraphe 1170.

de l'UE et d'origine étrangère.[181] Il rappelle à cet égard ses constatations selon lesquelles la Malaisie n'exporte pas (et donc l'Union européenne n'importe pas de Malaisie) de biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja. Il comprend en outre que l'Union européenne n'importe pas de Malaisie de biocarburant produit à partir d'autres cultures cultivées dans ce pays. C'est une considération factuelle importante qu'il convient de prendre en compte pour comparer le traitement des produits importés avec le traitement des produits similaires originaires de l'UE et d'origine étrangère. Cette considération exige du Groupe spécial qu'il évalue le traitement du biocarburant dérivé de l'huile de palme, qui constitue le seul produit pertinent importé de Malaisie, avec le traitement des biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja qui sont tous des produits similaires originaires de l'UE et d'origine étrangère.

6.60. Dans le contexte des considérations liminaires du Groupe spécial concernant l'étape de son analyse relative à la "[d]istinction réglementaire légitime", la Malaisie formule des observations sur les considérations du Groupe spécial énoncées au **paragraphe 7.504** en ce qui concerne l'examen du fondement scientifique des mesures en cause et le débat scientifique connexe. Elle convient que la tâche du Groupe spécial n'est pas de "résoudre des débats scientifiques sur la base des éléments de preuve présentés par les parties" et que sa tâche consiste à "déterminer si, compte tenu de la totalité des éléments de preuve, il existe une base raisonnable pour la distinction réglementaire établie par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la manière dont elle est appliquée". Elle estime toutefois que le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de cette tâche et qu'il aurait fallu procéder à un examen plus critique du fondement scientifique, en particulier comme celui qui figure dans le rapport de situation de l'Union européenne, compte tenu, entre autres, du fait qu'il n'y avait pas de données disponibles pour certaines cultures et que celles-ci ont été supposées. Elle réitère la même observation dans le contexte du paragraphe 7.550, dans laquelle elle réaffirme qu'il n'y a aucune base raisonnable pour la distinction réglementaire et la façon dont elle est appliquée dans le cadre de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

6.61. L'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel le Groupe spécial a fait erreur dans l'identification du critère pour évaluer les preuves scientifiques, ou dans son appréciation de la question de savoir si l'Union européenne a démontré qu'il y avait un fondement scientifique suffisant. Dans son argument, la Malaisie demande essentiellement que le Groupe spécial réévalue le fondement scientifique figurant dans le rapport de situation étant donné que certaines hypothèses ont été faites pour des cultures particulières. Cette critique manque de précision. Faire des hypothèses de ce type est un aspect intrinsèque de la méthode scientifique. Comme il ressort implicitement des observations de la Malaisie, des hypothèses ont été utilisées en l'absence de données disponibles. L'Union européenne renvoie aux nombreuses déclarations écrites sur l'adéquation du fondement scientifique des mesures.

6.62. Le Groupe spécial note que les observations de la Malaisie sur le paragraphe 7.504 réitèrent les arguments qu'elle a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées, et s'accompagnent d'une demande générale visant à ce qu'il revoie son évaluation des éléments de preuve pertinents. Il estime que, d'une manière générale, ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[182]

6.63. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant la "[p]art du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone en tant qu'indicateur supplétif du risque de CIAS", la Malaisie s'oppose à la façon dont ses arguments sont paraphrasés au **paragraphe 7.523**. Dans ce paragraphe, le Groupe spécial fait référence à l'argument de la Malaisie selon lequel il est "impossible d'établir un lien de causalité entre la production de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale aux fins de la production de biocarburants dans un lieu géographique et la production de cultures dans un autre lieu géographique". La Malaisie indique qu'elle n'a pas critiqué "cet aspect de la mesure qui suppose que la culture déplacée est le palmier à huile produit en Malaisie à des fins alimentaires, tout en acceptant le caractère mondial des marchés agricoles".

[181] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1169.
[182] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

6.64. L'Union européenne ne répond pas à l'observation de la Malaisie.

6.65. Le Groupe spécial note que, dans le paragraphe 575 de sa première communication écrite, la Malaisie s'appuie sur l'avis d'expert de M. Finkbeiner. Cet avis d'expert indique, entre autres choses, qu'"[i]l n'y a aucune preuve scientifique montrant que l'utilisation de l'huile de palme entraînera probablement des CIAS de l'huile de palme, le cas échéant. L'huile de palme utilisée pour le biocarburant pourrait être remplacée par n'importe quelle huile végétale".[183] La Malaisie présente donc des éléments de preuve qui critiquent le lien apparent établi par la formule relative au risque élevé de CIAS entre les CDAS observés et le CIAS pour une culture individuelle et dont il est fait mention à la première phrase du paragraphe 7.523. Le Groupe spécial note en outre que l'argument de la Malaisie selon lequel il est "impossible d'établir un lien de causalité entre la production de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale aux fins de la production de biocarburants dans un lieu géographique et la production de cultures dans un autre lieu géographique" concerne la même question du lien de causalité entre les CDAS et les CIAS. Compte tenu de ce qui précède, il juge approprié de réviser le paragraphe 7.523 pour préciser que la Malaisie "présente des éléments de preuve" qui critiquent l'aspect de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS qui est examiné au paragraphe 7.522.

6.66. Dans le contexte de la conclusion formulée par le Groupe spécial dans la section intitulée "Part du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone en tant qu'indicateur supplétif du risque de CIAS", **au paragraphe 7.529**, la Malaisie indique que ce qu'elle contestait en particulier, c'était l'utilisation de l'expansion sur les tourbières comme indicateur supplétif additionnel des CIAS, outre l'expansion sur des terres autres que les tourbières (avec un renvoi à sa deuxième communication écrite, paragraphes 139 et 140). Elle a toujours du mal à comprendre pourquoi ces différents types de changement direct dans l'affectation des sols ont une incidence différente sur le risque général de CIAS. Lorsqu'une culture oléagineuse s'étend sur des terres présentant un important stock de carbone (CDAS), cela n'a pas d'incidence sur le risque de changements *indirects* dans l'affectation des sols ni sur les émissions de GES qui leur sont liées. La Malaisie conteste donc cette distinction faite dans la formule relative aux CIAS, compte tenu en particulier du fait que l'huile de palme est la seule matière première qui a été considérée comme occasionnant une importante expansion sur les tourbières, ce qui pénalise manifestement, une fois de plus, une unique culture choisie délibérément.

6.67. L'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel le Groupe spécial devrait revoir cet aspect de la formule relative au risque élevé de CIAS. Cette formule vise à identifier les cultures qui présentent un risque élevé d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone. Il est scientifiquement admis que les tourbières présentent un important stock de carbone. (L'Union européenne renvoie à sa première communication écrite, paragraphes 427 à 430).

6.68. Le Groupe spécial note que l'observation de la Malaisie sur la section "Part du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone en tant qu'indicateur supplétif du risque de CIAS" réitère les arguments qu'elle a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées, et s'accompagne d'une demande générale visant à ce qu'il revoie son évaluation des éléments de preuve pertinents. Il estime que, d'une manière générale, ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[184]

6.69. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant la "[r]elation entre la part de l'expansion d'une culture sur des terres présentant un important stock de carbone et la demande de biocarburants de l'UE", la Malaisie conteste la déclaration faite par le Groupe spécial **au paragraphe 7.531** selon laquelle "[l]e niveau de risque de CIAS reflète la pression que la production de cultures exerce à l'échelle mondiale sur les terres agricoles par suite d'un accroissement de la demande dans un secteur particulier. Par conséquent, chaque fois que la demande d'une matière première pour biocarburants augmente, cela contribue à cette pression et, par implication, au risque de CIAS". En particulier, elle conteste la formulation absolue de la déclaration selon laquelle "chaque fois que la demande d'une matière première pour biocarburants augmente, cela contribue à cette pression et, par implication, au risque de CIAS". Elle s'oppose à cette automaticité du lien entre la demande et le risque de CIAS. Comme le Groupe spécial l'a indiqué précédemment dans ce

[183] Avis d'expert de M. Finkbeiner (pièce MYS-45), page 18.
[184] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

paragraphe, elle considère que le changement dans l'affectation des sols est lié à de nombreux facteurs et moteurs et que les mesures de l'UE en cause, telles qu'elles sont actuellement appliquées, ne concernent qu'un seul moteur, à savoir l'utilisation de l'huile de palme comme matière première pour biocarburants.

6.70. L'Union européenne ne voit aucune incohérence dans les constatations du Groupe spécial. Il n'a jamais été contesté que le changement dans l'affectation des sols avait de nombreux moteurs. Cela ne signifie pas qu'il est incohérent ou incorrect de constater que "[l]e niveau de risque de CIAS reflète la pression que la production de cultures exerce à l'échelle mondiale sur les terres agricoles par suite d'un accroissement de la demande dans un secteur particulier. Par conséquent, chaque fois que la demande d'une matière première pour biocarburants augmente, cela contribue à cette pression et, par implication, au risque de CIAS". Le régime de l'UE applicable aux biocarburants ne prétend pas traiter tous les moteurs potentiels des CAS. Il vise à traiter les CIAS qui résultent de la demande de biocarburants conventionnels.

6.71. Le Groupe spécial ne voit aucune incohérence dans ses constatations ni aucune raison de réviser le paragraphe 7.531.

6.72. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant la [r]elation entre la part de l'expansion d'une culture sur des terres présentant un important stock de carbone et la demande de biocarburants de l'UE", la Malaisie conteste la déclaration faite par le Groupe spécial au **paragraphe 7.535** selon laquelle "[l]'approche par pays envisagée par l'argument de la Malaisie ne tient pas compte du fait que la notion de risque de CIAS est mondiale par nature". À cet égard, elle note que cela signifierait que, chaque fois qu'un risque (ou la notion de risque) est mondial, il ne serait pas nécessaire de tenir compte des conditions locales. Elle formule les arguments et observations détaillés ci-après:

- Le Groupe spécial note que "toutes différences régionales affectant cette expansion apparaitraient dans les données qui sont incorporées dans la formule relative au risque élevé de CIAS". Même si la Malaisie convient que les données de tous les pays (qui seraient disponibles) devraient être prises en compte, cela est uniquement le cas lorsque l'Union européenne actualise effectivement les données sous-jacentes et, surtout, que le résultat reste agrégé, ce qui signifie que les mesures en cause ne peuvent pas être adaptées aux conditions locales.

- La Malaisie conteste en outre les considérations du Groupe spécial concernant les CIAS qui se produisent ailleurs dans le monde, à savoir en déclarant que "même si [elle] compte un taux moins élevé d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, cette expansion peut se produire ailleurs dans le monde du fait de l'augmentation de la demande de biocarburants, et, pour cette raison, l'approche de l'UE consiste à examiner la situation mondiale par type de culture". Dans ce contexte, elle tient à souligner que toute mesure visant à traiter cette expansion devrait être centrée sur le lieu où se produit cette expansion. Cette approche serait conforme à la jurisprudence établie de l'OMC, en particulier dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, dans laquelle l'Organe d'appel a insisté sur le fait que, pour éviter que l'application d'une mesure (justifiée provisoirement) constitue une discrimination arbitraire, il était nécessaire de tenir compte des conditions locales. Il apparaît que l'approche suivie par le Groupe spécial s'écarte de manière flagrante de cette jurisprudence établie, et la Malaisie s'y oppose vivement.

- Dans ce contexte, la Malaisie souhaite appeler l'attention du Groupe spécial sur le paragraphe 158 de sa deuxième communication écrite, qui indique ce qui suit: "[d]ans le cadre de l'approche globale de l'UE qui examine l'expansion antérieure de la zone de production mondiale annuelle moyenne des matières premières pour biocarburants sur des terres présentant un important stock de carbone, quoiqu'un Membre de l'OMC, tel que la Malaisie, fasse pour éviter l'expansion des terres agricoles sur des terres présentant un important stock de carbone, le régime de l'UE n'en tiendra pas compte tant que la question n'aura pas été traitée avec succès et que les expansions mondiales annuelles n'auront pas été gérées à l'échelle de la planète. Elle a déjà souligné le manque d'équité de cette approche et est très préoccupée par l'orientation de la politique de l'UE, en vertu de laquelle celle-ci tente de justifier des actions unilatérales qui ont des répercussions importantes sur le commerce, quand des actions entreprises par différents Membres de l'OMC ne sont peut-être pas suffisantes pour régler un problème mondial".

- La Malaisie renvoie en outre au paragraphe 161 de sa deuxième communication écrite, dans lequel elle a indiqué ce qui suit: "Pour le dire simplement, la Malaisie estime que les différents pays producteurs ne devraient pas être pénalisés pour un problème qui se produit ailleurs ou pour quelque chose que l'on considère comme un problème mondial". Elle continue de penser qu'un mécanisme qui repose sur des données agrégées relatives à l'intégralité d'une culture au niveau mondial punit tous les pays producteurs et pas seulement ceux dans lesquels des problèmes subsistent.

6.73. L'Union européenne ne pense pas que le Groupe spécial devrait revoir ses constatations. Elle ne partage pas le point de vue selon lequel la conclusion du Groupe spécial peut être extrapolée comme impliquant que "cela signifierait que, chaque fois qu'un risque (ou la notion de risque) est mondial, il ne serait pas nécessaire de tenir compte des conditions locales". Elle fait référence à ses communications (et renvoie à sa première communication écrite, paragraphes 868 et 869; à sa deuxième communication écrite, paragraphe 144; et à sa réponse à la question n° 98 du Groupe spécial).

6.74. Le Groupe spécial a apporté quelques ajustements au texte du paragraphe 7.535 à la lumière des observations de la Malaisie. Il note qu'une grande partie des critiques de la Malaisie à l'égard des constatations qu'il a formulées au paragraphe 7.535 concernent des questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées, et s'accompagnent d'une demande générale visant à ce qu'il revoie son évaluation. Dans la mesure où ces observations ont été prises en considération par le Groupe spécial, elles n'appellent aucune réponse spécifique. Le Groupe spécial formule toutefois les observations ci-après. Il indique que, comme il est précisé plus en détail dans la section 7 du présent rapport, la détermination des cultures soumises à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS vise à estimer le risque de CIAS pour une matière première spécifique. Cette estimation est fondée sur la part de l'expansion de la zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone. Il est donc à prévoir que, comme la Malaisie le fait valoir, la part relative de l'expansion d'une culture sur ce type de terres variera d'un pays à l'autre. Le Groupe spécial rappelle à cet égard que la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone fonctionne comme un indicateur du risque de CIAS. Compte tenu de cette conception de la mesure, le risque de provoquer des CIAS, entendu comme la pression s'exerçant sur les terres agricoles du fait d'une demande de biocarburants supplémentaire, ne change pas en fonction de la juridiction. L'accroissement de la demande de matières premières résultant de l'augmentation de la demande de biocarburants génère des pressions sur les terres agricoles, indépendamment de leur situation géographique. Ce qui précède établit une distinction entre les faits du présent différend et ceux de l'affaire *États-Unis – Crevettes*.

6.75. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant "[l]e motif protectionniste allégué de la mesure" figurant aux **paragraphes 7.543 et 7.544**, la Malaisie renvoie aux observations qu'elle a formulées dans le contexte des constatations du Groupe spécial au titre de l'article 2.2, et en particulier en ce qui concerne les mesures de défense commerciale, l'avis juridique interne communiqué par la Direction générale du commerce de la Commission européenne et la Résolution du Parlement européen. Elle souligne qu'il y a eu un enchaînement clair des faits qui ont conduit à considérer l'huile de palme comme la seule matière première présentant un risque élevé de CIAS soumise à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. La Résolution du Parlement européen énonçait l'un des objectifs du Parlement européen en ce qui concerne la Directive RED II, à savoir interdire l'utilisation de l'huile de palme comme matière première pour biocarburants. Cette interdiction pure et simple aurait été incompatible avec les obligations de l'UE dans le cadre de l'OMC, comme le laisse entendre l'avis juridique interne de la Commission européenne (fourni dans la pièce MYS-44). Ainsi, l'Union européenne devait trouver un autre moyen d'atteindre ce même objectif, et elle a décidé de le faire au moyen d'un mécanisme complexe en lien avec les risques de CIAS présentés par les matières premières pour biocarburants. Par un concours de circonstances, mais sans surprise, l'huile de palme est la seule matière première pour biocarburants considérée comme présentant un risque élevé de CIAS, dont la comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables serait progressivement éliminée d'ici à 2030. La Malaisie se félicite donc vivement des considérations exprimées dans l'opinion séparée d'un membre du Groupe spécial et invite l'ensemble du Groupe spécial à revoir ses constatations à cet égard.

6.76. L'Union européenne ne répond pas à l'observation de la Malaisie.

6.77. Le Groupe spécial indique que, dans son observation sur les constatations qu'il a formulées, la Malaisie renvoie à ses observations sur l'article 2.2, qui ont déjà été examinées plus haut. Il considère que la répétition par la Malaisie de ces observations en l'espèce n'appelle aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[185]

6.78. Dans le contexte des constatations du Groupe spécial concernant la "[p]art relative du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone", la Malaisie formule des observations sur le **paragraphe 7.557** au sujet de l'analyse concernant l'expansion absolue et l'expansion relative de la zone de production de matières premières pour biocarburants. Dans ce contexte, elle souligne le caractère arbitraire que présente, selon elle, la conception par l'Union européenne des mesures en cause, notamment en ce qui concerne les éléments pris en compte aux fins de la formule relative au risque de CIAS, en particulier pour ce qui est de l'expansion absolue sur des terres présentant un important stock de carbone. À cet égard, elle renvoie à sa première communication écrite, paragraphes 120 à 122, et indique que le graphique figurant dans ces paragraphes illustre tout à fait les faits observés sur le terrain et montre la vaste superficie récoltée pour les fèves de soja par rapport à celle relativement réduite pour les palmiers à huile. Il n'apparaît pas que la déclaration du Groupe spécial, selon laquelle il "observe en outre que la mesure tient compte de l'expansion absolue de la zone de production en prescrivant que l'expansion annuelle moyenne de la zone affecte plus de 100 000 hectares", permet d'atténuer ces préoccupations.

6.79. L'Union européenne observe que la Malaisie reprend une fois encore son argumentation (et renvoie aux paragraphes 120 à 122 de la première communication écrite de la Malaisie). La Malaisie allègue que l'existence d'un seuil minimal de l'expansion *absolue* annuelle moyenne (100 000 hectares) depuis 2008 dans la formule serait arbitraire, étant donné que la culture du palmier à huile a commencé en 1980 sur des superficies plus petites par rapport à d'autres cultures. L'argument de la Malaisie ne tient pas compte du fait que, dans la formule elle-même, le seuil minimal de l'expansion *absolue* annuelle moyenne est combiné avec le seuil minimal de l'expansion *relative* annuelle moyenne. Il y a en fait un double seuil pour calculer la zone de production mondiale, qui vise à atténuer toute distorsion éventuelle découlant des différentes dynamiques de culture, et dont le but ultime est de considérer comme significative uniquement l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone que ce soit en augmentation absolue ou relative des zones de production. L'Union européenne ne considère pas que les arguments de la Malaisie soient pertinents ou nécessaires. Si le Groupe spécial décide d'accepter la demande de la Malaisie, l'Union européenne demande qu'il soit également rendu compte de ses propres arguments (tels qu'ils sont énoncés dans sa première communication écrite, paragraphes 113 à 118).

6.80. Le Groupe spécial note que l'observation de la Malaisie sur le paragraphe 7.557 réitère les arguments qu'elle a fait valoir au sujet de questions dont les parties ont longuement débattu, et qu'il a pleinement examinées, et s'accompagne d'une demande générale visant à ce qu'il revoie son évaluation de éléments de preuve pertinents. Il estime que, d'une manière générale, ces observations n'appellent aucune réponse spécifique de sa part. Dans la mesure où la Malaisie cherche à s'assurer que ses vues sur les constatations du Groupe spécial sont pleinement reflétées, le Groupe spécial a donné suite à sa demande en exposant intégralement ses observations.[186]

### 6.3.4 Article 12.3 – Tenir compte des besoins spéciaux

6.81. Au **paragraphe 7.940**, le Groupe spécial indique qu'on voit mal comment l'Union européenne aurait pu modifier les mesures proposées pour répondre aux préoccupations de la Malaisie sans le retrait complet des mesures en cause, et, à cet égard, fait état de la constatation qu'il a formulée dans le contexte de l'article 2.2 selon laquelle aucune des "mesures de rechange" proposées par la Malaisie n'aurait apporté une contribution équivalente à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées à la production des biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale. Dans une observation sur le paragraphe 7.940, la Malaisie renvoie le Groupe spécial aux observations qu'elle a faites dans le cadre du réexamen intérimaire sur les constatations qu'il a formulées, dans le contexte de l'article 2.2, sur les mesures de rechange qu'elle proposait.

[185] Voir plus haut le paragraphe 6.7.
[186] Voir plus haut le paragraphe 6.7.

6.82. L'Union européenne ne répond pas à l'observation de la Malaisie.

6.83. Le Groupe spécial note que l'observation de la Malaisie sur ses constatations au titre de l'article 12.3 renvoie aux observations qu'elle a formulées au sujet de l'article 2.2 et qui ont déjà été examinées plus haut. Il considère que la répétition par la Malaisie de ces observations en l'espèce n'appelle aucune réponse spécifique de sa part.

6.84. Au **paragraphe 7.948**, le Groupe spécial indique qu'il n'est pas convaincu par l'argument de la Malaisie selon lequel la décision de l'Union européenne de ne pas réaliser une analyse d'impact pour le Règlement délégué est nécessairement pertinente pour la question de savoir si elle s'est acquittée de son obligation de "tenir compte des" besoins spéciaux des pays en développement Membres et que la Malaisie n'a pas démontré qu'une telle analyse d'impact aurait constitué un mécanisme central, et *a fortiori* le seul mécanisme, qui aurait permis à l'Union européenne de tenir compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres. Dans une observation sur le paragraphe 7.948, la Malaisie précise qu'elle n'a pas fait valoir que le fait de ne pas réaliser une analyse d'impact spécifique en ce qui concerne les mesures spécifiques en cause constituait le "seul mécanisme[] qui aurait permis à l'Union européenne de tenir compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres". Elle considère toutefois qu'une telle analyse d'impact aurait été essentielle pour déterminer l'impact probable de la mesure, y compris pour les pays en développement. Cela aurait permis à l'Union européenne de s'assurer de manière plus appropriée que les "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce" avaient effectivement été pris en compte. De l'avis de la Malaisie, et sans doute d'autres pays en développement qui sont intervenus en tant que tierces parties dans le différend DS600, cela n'a pas été le cas.

6.85. L'Union européenne observe que la Malaisie invite le Groupe spécial à réviser son appréciation de l'absence d'analyse d'impact. Elle n'est pas d'accord et renvoie le Groupe spécial à ses communications écrites.

6.86. Le Groupe spécial rappelle qu'aux paragraphes 7.948 et 7.949 il a constaté que la décision de ne pas réaliser une analyse d'impact pour le Règlement délégué n'était pas nécessairement pertinente pour la question de savoir si elle s'était acquittée de son obligation de "tenir compte des" besoins spéciaux des pays en développement Membres parce que la Malaisie n'avait pas démontré qu'une telle analyse d'impact aurait constitué un mécanisme central, et *a fortiori* le seul mécanisme, qui aurait permis à l'Union européenne de tenir compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres. Dans son observation formulée dans le cadre du réexamen intérimaire, la Malaisie affirme qu'une telle analyse d'impact "aurait été essentielle pour déterminer l'impact probable de la mesure, y compris pour les pays en développement". Le Groupe spécial ne considère pas que l'affirmation de la Malaisie justifie un quelconque remaniement des constatations qu'il a formulées dans ce paragraphe.

### 6.3.5 Article XX – Exceptions générales

6.87. Après le **paragraphe 7.1073**, la Malaisie formule des observations sur les constatations du Groupe spécial concernant les différents éléments de l'article XX à la lumière de l'argument de l'Union européenne selon lequel "les mesures en cause sont considérées conjointement dans le cadre de l'approche des exceptions à trois piliers". Elle se félicite du fait que le Groupe spécial n'a pas suivi l'approche "innovante" de l'Union européenne et a plutôt fondé son évaluation sur l'approche suggérée par la jurisprudence bien établie de l'OMC. Dans le même temps, elle juge surprenant que le Groupe spécial ne s'interroge absolument pas sur l'approche contestable de l'Union européenne. Elle demande au Groupe spécial de formuler des observations sur cet argument, étant donné qu'il serait très utile que le Groupe spécial examine et rejette explicitement cet argument.

6.88. L'Union européenne ne juge pas nécessaire que le Groupe spécial formule des observations sur l'approche qu'elle a adoptée. Le Groupe spécial a évalué l'allégation de l'Union européenne selon laquelle les mesures pouvaient être justifiées au titre de l'article XX du GATT de 1994.

6.89. Le Groupe spécial rappelle que, dans sa première communication écrite, l'Union européenne a qualifié son moyen de défense au titre de l'article XX d'"approche à trois piliers", ce qu'elle a expliqué dans les termes suivants: "[l]'Union européenne s'appuie simultanément sur les alinéas a),

b) et g) de l'article XX dans la présente procédure. Cela signifie que les trois objectifs fondés sur des valeurs et sur la science sont étroitement liés et, si notre moyen de défense composite devait tomber, cela signifierait que les trois justifications seraient complètement dénuées de fondement."[187] Dans le contexte de son identification de l'objectif aux fins de l'article 2.2 et de l'article XX, le Groupe spécial ne s'est pas appuyé sur l'interprétation de l'Union européenne selon laquelle il y avait trois objectifs étroitement liés. De plus, il a effectué un examen distinct au titre de chacun des alinéas de l'article XX invoqués plutôt que de chercher à appliquer ces sous-alinéas simultanément. Il a également indiqué clairement que son examen de la mesure au titre de l'un quelconque de ces alinéas n'affecterait pas les conclusions formulées dans le contexte de son examen de la mesure au titre des autres alinéas (voir, par exemple, le paragraphe 7.1090). Il estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant les références faites par l'Union européenne à ce qu'elle appelle l'"approche à trois piliers" et le "moyen de défense composite".

6.90. La Malaisie conteste les constatations formulées par le Groupe spécial au **paragraphe 7.1081**, dans le contexte de l'article XX g), en particulier en ce qui concerne la considération du Groupe spécial selon laquelle "[l]a formule s'applique à tous les biocarburants dérivés de cultures, sans distinction entre les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites dans l'Union européenne et les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites ailleurs". En théorie, la formule s'applique effectivement à tous les biocarburants dérivés de cultures mais, dans la pratique, les mesures en cause ne s'appliquent actuellement de manière effective qu'à la seule huile de palme en tant que matière première pour biocarburants. En outre, la Malaisie estime que la comparaison faite par le Groupe spécial "entre les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites dans l'Union européenne et les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites ailleurs" est erronée et ne devrait pas être effectuée au titre du critère énoncé à l'article XX g). Cette comparaison est faite aux fins de l'examen au titre du texte introductif de l'article XX. En ce qui concerne le critère énoncé à l'article XX g), le Groupe spécial aurait dû comparer le biocarburant produit dans l'Union européenne (c'est-à-dire au niveau intérieur) à partir de l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants et le biocarburant produit en dehors de l'Union européenne (c'est-à-dire à l'étranger) à partir de l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants. Il est clair que les mesures de l'UE n'ont jamais eu pour objet d'établir une discrimination entre la production dans l'UE et la production étrangère en ce sens qu'aucune huile de palme n'est produite dans l'UE et que l'objectif même de la mesure de l'UE, une fois qu'il a été déterminé que les biocarburants dérivés du palmier à huile étaient les seuls considérés comme présentant un risque élevé de CIAS, était d'empêcher leur production ou leur consommation quelle qu'en soit l'origine ou la provenance.

6.91. L'Union européenne ne souscrit pas à l'affirmation de la Malaisie selon laquelle le Groupe spécial a mal appliqué l'analyse au titre de l'article XX g). Elle renvoie à ses communications écrites.

6.92. Le Groupe spécial comprend que la Malaisie fait valoir que, comme les mesures en cause ne s'appliquent actuellement de manière effective qu'à l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants, il a tort de dire que la formule "s'applique à tous les biocarburants dérivés de cultures, sans distinction entre les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites dans l'Union européenne et les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites ailleurs". Il n'est pas de cet avis. Comme il l'a expliqué au paragraphe 7.267, bien que l'application de cette formule fondée sur les données dont les autorités de l'UE disposaient à partir de 2019 ait permis de conclure que le biocarburant dérivé de l'huile de palme était, à ce moment–là, le seul biocarburant dérivé de cultures considéré comme présentant un risque élevé de CIAS, cela ne change rien au fait que la formule s'applique d'une manière générale et égale à tous les biocarburants dérivés de cultures et peut, dans l'avenir, faire en sorte que d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses soient considérés comme des biocarburants présentant un risque élevé de CIAS.

6.93. Dans le contexte de ses constatations au titre de l'article XX b), le Groupe spécial rappelle ses constatations au titre de l'article 2.2 et indique que son évaluation s'applique *mutatis mutandis* à l'article XX b). Dans une observation sur le **paragraphe 7.1087**, la Malaisie renvoie le Groupe spécial aux observations qu'elle a faites dans le cadre du réexamen intérimaire sur les constatations qu'il a formulées, dans le contexte de l'article 2.2, concernant les mesures de rechange qu'elle proposait.

[187] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1329 et 1330.

6.94. L'Union européenne ne répond pas à l'observation de la Malaisie.

6.95. Le Groupe spécial note que l'observation de la Malaisie sur ses constatations au titre de l'article 12.3 renvoie aux observations qu'elle a formulées au sujet de l'article 2.2 et qui ont déjà été examinées plus haut. Il considère que la répétition par la Malaisie de ces observations en l'espèce n'appelle aucune réponse spécifique de sa part.

### 6.4 Allégations concernant la mesure française

6.96. La Malaisie formule des observations sur les constatations du Groupe spécial figurant aux **paragraphes 7.1296 et 7.1297** en ce qui concerne les conclusions relatives à l'article XX et à la mesure TIRIB de la France. Elle formule deux observations différentes:

a. Selon la Malaisie, la mesure TIRIB de la France n'est pas directement liée aux mesures de l'UE relatives aux CIAS ni par conséquent aux arguments avancés par l'Union européenne à cet égard.

b. La Malaisie estime que les considérations du Groupe spécial énoncées aux paragraphes 7.1296 et 7.1297 sont contradictoires. Même si le paragraphe 7.1296 conclut que "le fait que l'Union européenne n'a pas démontré l'existence de quelconques dispositions ou flexibilités pour la certification des biocarburants dérivés de l'huile de palme comme étant à faible risque de CIAS exige du Groupe spécial qu'il conclue que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France a été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent", le paragraphe 7.1297 ne fait pas ensuite référence à cette absence de dispositions, mais fait de nouveau référence à la constatation selon laquelle "l'Union européenne n'a pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants étaient à risque élevé de CIAS et n'a pas démontré l'existence de quelconques dispositions ou flexibilités pour la certification des biocarburants dérivés de l'huile de palme comme étant à faible risque de CIAS". La Malaisie demande au Groupe spécial de clarifier ses constatations concernant la mesure TIRIB de la France, en particulier en ce qui concerne la justification au titre de l'article XX.

6.97. L'Union européenne est en désaccord sur ces deux points:

a. L'Union européenne ne souscrit pas à l'affirmation de la Malaisie selon laquelle la mesure TIRIB de la France n'est pas directement liée aux mesures de l'UE. À cet égard, elle rappelle ci-après ses propres arguments (énoncés dans sa première communication écrite, paragraphes 1578 à 1585). L'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la réduction de la TIRIB est conçue pour contribuer aux mêmes objectifs du cadre juridique de l'UE en matière d'énergies renouvelables. L'Union européenne a également démontré que la société civile française et le législateur français considéraient que l'incidence environnementale de la culture du palmier à huile du point de vue du changement climatique et de la perte de biodiversité était un sujet de préoccupation morale. Elle rappelle que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la réduction de la TIRIB est compatible avec ses objectifs consistant à éviter que la demande d'énergies renouvelables contribue à l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre et que celles–ci aggravent la perte de biodiversité. À l'instar de l'Union européenne, la France cherche, avec sa mesure, à protéger diverses valeurs sociétales, notamment à prévenir les changements climatiques, la dégradation de l'environnement et la perte de biodiversité, et à répondre aux préoccupations morales qui s'y rapportent. Les objectifs poursuivis par la mesure de la France sont donc également visés aux alinéas a), b) et g) de l'article XX.

b. L'Union européenne ne souscrit pas à l'affirmation de la Malaisie selon laquelle il y a des incompatibilités entre les conclusions du Groupe spécial figurant aux paragraphes 7.1296 et 7.1297. En fait, l'absence de dispositions en matière de flexibilité pour la certification des biocarburants dérivés de l'huile de palme comme étant à faible risque de CIAS est une conclusion des deux paragraphes.

6.98. Le Groupe spécial répond comme suit aux observations de la Malaisie:

a. Le Groupe spécial ne partage pas le point de vue de la Malaisie selon lequel la mesure TIRIB de la France n'est pas directement liée aux mesures de l'UE. Il a déjà expliqué, aux paragraphes 7.1273 à 7.1276, pourquoi il considérait que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des produits admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France poursuivait les mêmes objectifs que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Outre ces explications, il note que le rapport du Parlement français de 2020 sur les biocarburants indique que, comme les biocarburants dérivés de l'huile de palme sont aujourd'hui considérés, au niveau européen, comme présentant un risque élevé de CIAS, l'article 266*quindecies*, dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 2019, dispose que les produits à base d'huile de palme ne sont pas considérés comme des biocarburants.[188] De plus, le Conseil constitutionnel français a confirmé que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France répondait aux préoccupations concernant le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures et au risque élevé de CIAS présenté par la culture du palmier à huile. Selon le Groupe spécial, cela confirme par ailleurs que la mesure TIRIB de la France poursuit les mêmes objectifs que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Cela confirme également que le législateur français s'est appuyé sur la Directive RED II et sur le Règlement délégué pour considérer que les produits à base d'huile de palme présentaient un risque élevé de CIAS, même quand il a décidé de répondre à ces préoccupations en retirant les produits à base d'huile de palme du champ de la définition des biocarburants, de sorte que les dispositions alors applicables aux produits présentant un risque élevé de CIAS (comme l'élimination progressive prévue et les certifications relatives au faible risque de CIAS) sont devenues inapplicables aux produits à base d'huile de palme. À la lumière de l'observation de la Malaisie, le Groupe spécial a remanié les paragraphes 7.1275 et 7.1276 pour tenir compte de ce qui précède.

b. Au paragraphe 7.1296, le Groupe spécial a ajouté un renvoi à sa constatation antérieure selon laquelle i) la France s'est appuyée sur la Directive RED II et le Règlement délégué pour considérer que les produits à base d'huile de palme présentaient un risque élevé de CIAS, et ii) l'Union européenne n'avait pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants étaient à risque élevé de CIAS. Il considère que l'ajout de ce renvoi améliore la clarté et la cohérence des constatations formulées dans ces sections interdépendantes du rapport et remédie à l'absence de parallélisme soulignée par la Malaisie. Il a également ajouté une note de bas relative au paragraphe 7.1297 visant à préciser la manière dont ces constatations éclairent son évaluation de la mesure TIRIB de la France.

### 6.5 Opinion séparée d'un membre du Groupe spécial

6.99. L'Union européenne observe que le **paragraphe 7.1442** indique que la Malaisie conteste les mesures de l'UE et de la France qui visent un type particulier de biocarburants dérivés de cultures, c'est-à-dire le biocarburant dérivé de l'huile de palme, et ce "dans le but d'éliminer ce type de biocarburant du marché des énergies renouvelables de l'UE". En ce qui concerne la clause citée de cette phrase, elle demande qu'il soit précisé qu'"il s'agit d'une affirmation contestée".

6.100. La Malaisie suggère que la phrase soit reformulée d'une manière qui la présente comme un argument de la Malaisie.

6.101. La demande de l'Union européenne est rejetée. La phrase examinée par l'Union européenne est, par nature, une déclaration liminaire visant à établir une distinction entre les allégations de la Malaisie, et non une constatation factuelle d'un membre du Groupe spécial. En outre, l'opinion séparée indique d'emblée (voir le paragraphe 7.1444) qu'elle ne va "pas identifier et analyser de manière exhaustive tous les éléments de preuve auxquels il pourrait être fait référence dans le contexte des questions soulevées, ni reprendre tous les arguments et contre–arguments des parties qui ont une incidence sur ces questions".

[188] Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 49.

6.102. L'Union européenne observe que le **paragraphe 7.1448** indique que "[l]es mesures en cause dans le présent différend ont fait l'objet d'analyses spécialisées et de commentaires de la part de diverses institutions, et certaines de ces études figurent dans le dossier". Elle indique que, comme il est fait référence à diverses études, ces diverses études doivent être mentionnées dans les notes de bas de page.

6.103. La Malaisie ne répond pas à l'observation de l'Union européenne.

6.104. La demande de l'Union européenne est rejetée. L'opinion séparée indique d'emblée (voir le paragraphe 7.1444) que "[l]a divergence de vues qui sous-tend la présente opinion séparée repose essentiellement sur le poids qu'il convient de donner à certains éléments de preuve présentés au Groupe spécial. Je ne vais pas identifier et analyser de manière exhaustive tous les éléments de preuve auxquels il pourrait être fait référence dans le contexte des questions soulevées … En fait, dans ce qui suit, j'expose les justifications fondamentales des conclusions auxquelles je parviens en identifiant certains des éléments de preuve auxquels je donne plus de poids que la majorité des membres du Groupe spécial." Il n'est pas nécessaire de mentionner tous les éléments de preuve versés au dossier potentiellement pertinents dans les notes de bas de page.

6.105. S'agissant de la référence faite à l'article de Delzeit *et al.* aux **paragraphes 7.1448 et 7.1455**, l'Union européenne indique que le membre du Groupe spécial se réfère visiblement à des pièces de la procédure parallèle relative au différend DS593 et que la pièce IDN-2 ne figure pas dans le dossier de la présente procédure. Elle indique qu'elle s'oppose donc à cette référence et demande que les références incluses dans le présent rapport renvoient exclusivement à des documents versés au dossier de la présente procédure et soient indiquées en conséquence.

6.106. La Malaisie observe que le Mémorandum d'accord et les procédures de travail du Groupe spécial ne disent rien sur le droit d'un groupe spécial de renvoyer à un différend connexe (à savoir le différend DS593) dont le même groupe spécial est chargé et, surtout, auquel les deux parties au différend participent également, soit en tant que défendeur (Union européenne) soit en tant que tierce partie (Malaisie). Elle conteste donc le fondement de l'observation de l'UE et demande au Groupe spécial d'envisager de conserver le texte et les références en question.

6.107. La demande de l'Union européenne est rejetée car elle est fondée sur une hypothèse erronée. Il est entendu que la référence faite à l'article de Delzeit *et al.* aux paragraphes 7.1448 et 7.1455 n'est pas une référence à une pièce de la procédure parallèle relative au différend DS593. L'article de Delzeit *et al.* figure dans le dossier de la présente procédure (à savoir le différend DS600) car elle a été présentée en tant que pièce (à savoir la pièce IDN-2) par l'Indonésie en sa qualité de tierce partie au différend DS600.

6.108. L'Union européenne observe que le **paragraphe 7.1449** indique qu'"[i]l faut évaluer ces éléments de preuve globalement au lieu d'examiner chacune de ces déclarations isolément des autres". Elle demande des éclaircissements sur le point de savoir si l'expression "ces éléments de preuve" s'entend uniquement de Delzeit. Dans la mesure où celle-ci fait référence à d'autres "analyses spécialisées et … commentaires de la part de diverses institutions", l'Union européenne réitère sa demande visant à ce que cela soit référencé et identifié.

6.109. La Malaisie ne répond pas à l'observation de l'Union européenne.

6.110. Pour plus de clarté, la référence faite au paragraphe 7.1449 à "ces éléments de preuve" désigne tous les éléments de preuve mentionnés dans les trois paragraphes précédents de l'opinion séparée (à savoir la recommandation explicitement protectionniste contenue dans la Résolution du Parlement européen du 4 avril 2017; les éléments de preuve qui montrent que l'Union européenne dresse depuis longtemps des obstacles au commerce pour limiter les importations de biocarburant dérivé de l'huile de palme afin de protéger la branche de production de biocarburants de l'UE; et des éléments de preuve concernant l'effet prévu de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sur la production dans l'UE d'huiles végétales et de biocarburants concurrents dans le cadre de l'évaluation de l'objectif de la mesure).

6.111. L'Union européenne indique que la deuxième phrase du **paragraphe 7.1456** laisse entendre à tort que la formule ne porte que sur l'expansion relative. La formule examine l'expansion relative et l'expansion absolue. Bien que la Malaisie affirme que la formule porte sur l'expansion relative

(Malaisie, première communication écrite, paragraphe 581), l'Union européenne a clarifié ce point et renvoie à sa propre première communication écrite, paragraphes 113 à 115, à sa réponse à la question n° 38 du Groupe spécial ainsi qu'au Règlement délégué. Elle demande à ce que la phrase soit reformulée de façon à indiquer avec exactitude qu'il est tenu compte à la fois de l'expansion relative et de l'expansion absolue.

6.112. La Malaisie considère que le membre du Groupe spécial souscrit clairement à l'évaluation qu'elle a faite de la formule relative au risque de CIAS et que l'insertion proposée par l'Union européenne n'est pas nécessaire.

6.113. La demande de l'Union européenne est rejetée. Il est entendu que la mesure tient compte de l'expansion absolue de la zone de production en prescrivant que l'expansion annuelle moyenne de la zone affecte plus de 100 000 hectares (conformément à l'article 3 a) du Règlement délégué). Le paragraphe 7.1456 indique que "le traitement particulier réservé au biocarburant dérivé de l'huile de palme, malgré le risque apparemment très semblable que présentent les émissions de GES liées aux CIAS associées au soja, semble découler de la manière dont la formule vise à mesurer les émissions de GES liées aux CIAS sur la base de l'expansion relative des terres, et la part relative de cette expansion sur des terres présentant un important stock de carbone." Cette phrase n'indique pas que la formule vise à mesurer les émissions de GES liées aux CIAS "exclusivement" ou "uniquement" sur la base de l'expansion relative des terres.

6.114. Dans une observation qui suit le **paragraphe 7.1458**, la Malaisie indique que l'opinion séparée de ce membre du Groupe spécial présentée au paragraphe 7.1458 englobe les arguments qu'elle a avancés sur les questions concernant l'"objectif légitime", la "distinction réglementaire légitime", et les principes de "discrimination arbitraire ou injustifiable" et de "restriction déguisée au commerce". À ce titre, elle demande que le Groupe spécial dans son ensemble réexamine ses constatations connexes et adopte ce raisonnement pour formuler ses conclusions et recommandations finales.

6.115. L'Union européenne ne partage pas l'avis selon lequel le Groupe spécial devrait adopter le raisonnement exposé dans l'opinion séparée d'un membre du Groupe spécial. Cet avis accorde un poids supplémentaire à certains éléments de preuve, au sujet desquels l'Union européenne a présenté des communications détaillées.

6.116. Le Groupe spécial rejette la demande de la Malaisie.

# 7 CONSTATATIONS

## 7.1 Allégations concernant les mesures de l'UE: part maximale de 7%, plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et certification relative au faible risque de CIAS

### 7.1.1 Considérations préliminaires

7.1. Dans la présente section préliminaire, le Groupe spécial présentera d'abord certaines considérations concernant la définition des mesures de l'UE en cause et expliquera ensuite l'ordre d'analyse des allégations dans la présente section.

#### 7.1.1.1 Considérations préliminaires concernant la définition des mesures de l'UE en cause

7.2. Comme le Groupe spécial a déjà fourni, dans la section 2 du présent rapport, un exposé détaillé de la teneur et du contexte des mesures en cause dans le présent différend, il n'a pas besoin de répéter cet exposé ici. Dans la présente section du rapport, le Groupe spécial examine trois questions concernant la définition des mesures de l'UE en cause:

a. les mesures en cause en tant que mesures individuelles distinctes du régime plus large applicable aux biocarburants;

b. la relation entre les mesures et la terminologie connexe; et

c. les questions relatives au champ temporel découlant de la mise en œuvre progressive de la Directive RED II et du Règlement délégué.

7.3. Les questions susmentionnées ont, à des degrés divers, un caractère transversal. Dans la mesure où des questions supplémentaires concernant la définition ou l'indication des mesures de l'UE en cause se posent uniquement dans le contexte d'allégations particulières au titre de l'Accord OTC ou du GATT de 1994, le Groupe spécial les examine dans le contexte des allégations spécifiques auxquelles elles se rapportent.

#### 7.1.1.1.1 Mesures en cause en tant que mesures individuelles distinctes du régime plus large applicable aux biocarburants

7.4. Dans ses communications, l'Union européenne critique le fait que la Malaisie conteste la limite/part maximale de 7%[189] et le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS[190] en tant que "mesures" individuelles distinctes de ce que l'Union européenne appelle son "régime applicable aux biocarburants" plus large.[191] La Malaisie demande au Groupe spécial de rejeter la qualification erronée par l'Union européenne de la mesure ou des mesures comme étant le "régime applicable aux biocarburants" de l'UE et de se concentrer sur les mesures spécifiques en cause telles qu'elle les a indiquées dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial et dans ses communications.[192]

7.5. Le Groupe spécial note que l'Union européenne remet en cause la qualification de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS comme étant des "mesures" individuelles principalement dans le contexte de l'argument selon lequel les mesures alléguées ne sont pas des "règlements techniques" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. À son avis, toutefois, l'argument de l'Union européenne soulève une question plus générale concernant le mandat du Groupe spécial ainsi que le champ et la définition des mesures en cause. Comme l'indication de la mesure ou des mesures pertinentes est fondamentale pour l'analyse par le Groupe spécial de bon nombre des questions qui suivent, celui–ci estime qu'il est approprié d'examiner cette question dès le départ.[193]

7.6. Les arguments de l'Union européenne sur ce point semblent combiner deux arguments représentant une alternative. Il apparaît que le premier argument est que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, telles qu'elles sont énoncées à l'article 26.1 et 26.2 de la Directive RED II, ne peuvent pas être évaluées en tant que "mesures" individuelles distinctes du "régime de l'UE applicable aux biocarburants" plus large.[194] Il apparaît que le deuxième argument est que la Malaisie est libre d'"extraire" ces différents éléments d'une disposition (c'est–à–dire l'article 26 de la Directive RED II) et de les indiquer en tant que

[189] La Malaisie appelle cette mesure la "limite de 7%", tandis que l'Union européenne l'appelle la "part maximale de 7%". Pour les raisons qui sont exposées dans la section suivante du présent rapport, le Groupe spécial désigne cette mesure par l'expression "part maximale de 7%".

[190] La Malaisie et l'Union européenne font référence au "plafond" et à l'"élimination progressive" pour risque élevé de CIAS au pluriel en tant que deux mesures distinctes. Pour les raisons exposées dans la section suivante du présent rapport, le Groupe spécial fait référence au plafond et à l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS en tant que mesure unique.

[191] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 511 à 515.

[192] Voir, par exemple, Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 10 à 19; déclaration liminaire à la réunion avec le Groupe spécial, paragraphe 54.

[193] Le Groupe spécial note que l'Union européenne se concentre naturellement sur les deux "mesures" dont il est allégué qu'elles sont des "règlements techniques" au titre de l'article 2 de l'Accord OTC lorsqu'elle expose cet argument, à savoir la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. D'après ce qu'il comprend, l'argument de l'Union européenne s'appliquerait vraisemblablement *mutatis mutandis* à la mesure de certification relative au faible risque de CIAS dont il est allégué qu'elle constitue une "procédure d'évaluation de la conformité" au titre de l'article 5 de l'Accord OTC.

[194] Par exemple, l'Union européenne fait valoir que la Malaisie "n'a indiqué de manière sélective que quelques-unes des dispositions constituant le régime de l'UE applicable aux biocarburants, en dépit du fait que ces dispositions fonctionnent conjointement les unes avec les autres et pourraient uniquement être évaluées comme un tout composite". (Union européenne, première communication écrite, paragraphe 512) Conformément à cette interprétation, tout au long de ses communications, l'Union européenne met généralement entre guillemets le terme "mesures" chaque fois qu'elle fait référence à la part maximale de 7% et à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS (à titre d'exemple, elle expose cet argument sous la rubrique "*Ni le régime de l'UE applicable aux biocarburants ni les "mesures" indiquées par la Malaisie ne constituent un "règlement technique"*").

"mesures" distinctes, mais qu'il ne découle pas de cette définition des mesures en cause "que ces dispositions devraient être examinées par le Groupe spécial isolément du contexte plus large dans lequel elles s'inscrivent".[195] Ce deuxième argument semblerait concerner *la façon* dont le Groupe spécial devrait analyser les mesures spécifiques en cause, et non le point de savoir si ces mesures peuvent être évaluées en tant que "mesures" individuelles.[196] Le Groupe spécial examine ces arguments séparément par souci de clarté analytique.

7.7. Commençant par le premier argument de l'Union européenne, le Groupe spécial ne voit aucune raison de remettre en cause l'indication par la Malaisie d'aspects particuliers de ce que l'Union européenne appelle le "régime applicable aux biocarburants" en tant que mesures spécifiques en cause pour définir l'objet de sa plainte. Le fait que ces aspects (y compris la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS) font partie du cadre réglementaire plus large fourni par la Directive RED II pour la promotion des énergies renouvelables dans l'Union européenne ne donne pas à penser qu'ils ne pourraient pas valablement constituer une "mesure" susceptible d'être contestée aux fins de l'indication par la Malaisie de l'objet de sa plainte.

7.8. Le Groupe spécial rappelle qu'une "mesure" susceptible d'être contestée au titre du Mémorandum d'accord peut en principe consister en tout acte ou omission imputable à un Membre[197], et il ne voit rien dans l'approche analytique de la Malaisie concernant la définition des mesures en cause qui "s'écarte de l'orthodoxie".[198] Il observe que lorsqu'un Membre plaignant conteste une ou plusieurs mesures énoncées dans un ou plusieurs instruments écrits, tels qu'une loi, un règlement ou une directive, on s'attendrait presque toujours à ce qu'il indique qu'une ou plusieurs dispositions spécifiques de l'instrument ou des instruments sont les mesures pertinentes en cause aux fins de la définition de l'objet de sa plainte. En d'autres termes, on s'attendrait presque toujours à ce qu'un Membre plaignant indique de manière sélective une ou plusieurs dispositions isolées figurant dans l'instrument ou les instruments écrits pertinents et qualifie ces dispositions de mesures en cause. En effet, le fait qu'un Membre plaignant ne sélectionne (ou n'isole) pas une ou plusieurs dispositions spécifiques (c'est–à–dire indiquées de manière sélective) contenues dans une loi, un règlement ou un autre instrument pourrait rendre une demande d'établissement d'un groupe spécial incompatible avec l'article 6:2 du Mémorandum d'accord. Cette disposition exige d'un Membre plaignant qu'il indique les mesures *spécifiques* en cause.

7.9. Le Groupe spécial ne conteste pas qu'il peut être dit que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS "fonctionnent conjointement"[199] l'une avec l'autre, et avec diverses autres dispositions de la Directive RED II, le Règlement délégué et d'autres aspects du cadre réglementaire plus large (que l'Union européenne appelle collectivement son "régime applicable aux biocarburants"). Toutefois, à elle seule, cette circonstance ne suffit pas pour établir que tous ces aspects du "régime applicable aux biocarburants" plus large de l'UE doivent être examinés comme "un tout composite"[200] au sens où tous ces aspects constituent une mesure unique et indissociable. Là encore, on ne peut que s'attendre à ce que, lorsqu'un Membre plaignant conteste une ou plusieurs dispositions d'un instrument écrit, la disposition spécifique contestée en tant que mesure en cause fonctionne conjointement avec d'autres dispositions du même instrument et/ou d'instruments étroitement liés. Rien dans la pratique du règlement des différends à l'OMC ne donne à penser que, dans ces circonstances, un Membre plaignant doit indiquer et contester une

[195] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 514.

[196] Par exemple, il n'apparaît pas que l'Union européenne fait valoir que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS peuvent être évaluées en tant que mesures individuelles lorsqu'elle avance que, "même si la Malaisie a décortiqué des dispositions isolées de la Directive RED II ou des parties de celles-ci et les a qualifiées de "mesures" individuelles aux fins de la présente procédure, pour évaluer et saisir les objectifs de ces "mesures", il faut considérer le régime de l'UE applicable aux biocarburants comme un tout composite, qui s'inscrit dans le contexte juridique et stratégique plus large dont il fait partie". (Union européenne, première communication écrite, paragraphe 163)

[197] Rapport de l'Organe d'appel *Etats-Unis – Réexamen à l'extinction concernant l'acier traité contre la corrosion*, paragraphe 81.

[198] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 515.

[199] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 512.

[200] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 512.

mesure unique et indissociable constituée de toutes les dispositions qui "fonctionnent conjointement" avec la mesure spécifique qu'il cherche à contester.[201]

7.10. Pour ces raisons, le Groupe spécial conclut que l'Union européenne n'a établi aucune base permettant de remettre en cause l'indication par la Malaisie d'aspects particuliers (c'est–à–dire la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS) de ce que l'Union européenne appelle le "régime applicable aux biocarburants" en tant que mesures spécifiques en cause aux fins de la définition de l'objet de sa plainte.

7.11. Passant au deuxième argument de l'Union européenne décrit plus haut, le Groupe spécial reconnaît sans réserve qu'il ne découle pas de l'indication par la Malaisie des aspects pertinents de l'article 26.1 et 26.2) de la Directive RED II en tant que mesures spécifiques en cause "que ces dispositions devraient être examinées par le Groupe spécial isolément du contexte plus large dans lequel elles s'inscrivent".[202] En d'autres termes, il admet que la part maximale de 7%, visée à l'article 26.1 de la Directive RED II, et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, visée à l'article 26.2 de la Directive RED II et dans le Règlement délégué, ne peuvent être considérées que comme des éléments du cadre réglementaire plus large.

7.12. Le Groupe spécial rappelle que la section 2 du présent rapport présente déjà un examen détaillé des dispositions pertinentes de la Directive RED II, du Règlement délégué et de ce cadre réglementaire plus large. Il rappelle qu'il a cité ou résumé de nombreuses dispositions des instruments suivants qui constituent le régime plus large de l'UE applicable aux biocarburants, autres que l'article 26.1 et 26.2 de la Directive RED II, y compris:

- la Directive 2003/30/CE visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants ou autres carburants renouvelables dans les transports (s'agissant des considérants (3) à (6) et (22), des articles 3.1, 4. 2));
- la Directive RED I (s'agissant de l'article 3.1, 3.4, de l'annexe I, des articles 2 i) et 2 a), 17.2, 17.3, 17.5, 19.6);
- la Directive sur la qualité des carburants (s'agissant de l'article 1.5, 1.6);
- la Directive CIAS (s'agissant des considérants (4), (5), (16), (17), (21), (28), (34),de l'article 2 2) b) iv), 2 1) w));
- l'analyse d'impact de 2012, le rapport d'étude de 2017, la proposition de RED II;
- la Directive RED II (s'agissant des articles 1er, 2 1), 2 33), 2 32), 2 27), 2 24), 2 34), 2 40), 2 37), 3.1, 3.2, 7.1, 7.4, 25.1, 26.1, 27, 29, 29.3, 29. 4, 29.5, 29.10, 30.6, 30.8, de l'annexe V, de l'article 30.1, de l'annexe IX);
- le Règlement délégué (s'agissant des articles 2.5, 3, de l'annexe, des articles 4.1 b), 5, 6 et 7); et
- le Rapport d'état 2019 présenté avec le Règlement délégué.

7.13. Par conséquent, le Groupe spécial admet clairement que, dans son évaluation de la conception et du fonctionnement des mesures spécifiques en cause, il doit tenir compte d'autres dispositions de la Directive RED II, du Règlement délégué et du contexte réglementaire plus large dans la mesure où ils sont pertinents pour cette évaluation. Cela peut comprendre, mais sans s'y limiter nécessairement, l'un quelconque des instruments et documents indiqués ci–dessus et décrits plus en détail dans la section 2 du présent rapport. Toutefois, le Groupe spécial réaffirme que cela ne se

[201] Afin d'éviter tout malentendu éventuel, le Groupe spécial ne laisse pas entendre que la pratique du règlement des différends à l'OMC empêche un Membre plaignant d'affirmer que les diverses mesures individuelles qu'il conteste devraient être analysées ensemble en tant que mesure globale unique. La question soulevée par l'argument de l'Union européenne actuellement à l'examen est de savoir si un Membre plaignant est *tenu* d'élargir le champ des mesures qu'il souhaite contester en incluant, en tant que mesures contestées, *toutes* les dispositions du cadre réglementaire dans la mesure où ces dispositions fonctionnent conjointement avec les mesures spécifiques en cause.

[202] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 514.

rapporte à aucune question concernant l'indication des mesures contestées en tant que telles, mais a plutôt trait à la question de savoir comment le Groupe spécial devrait analyser les mesures spécifiques en cause.

7.14. En outre, il apparaît qu'il n'y a pas de réel désaccord entre les parties à cet égard. Dans leurs évaluations respectives de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, telles qu'elles sont visées respectivement à l'article 26.1 et à l'article 26.2 de la Directive RED II, la Malaisie et l'Union européenne font toutes deux référence à de nombreuses autres dispositions de la Directive RED II, au Règlement délégué et au cadre réglementaire plus large. Les parties ne sont pas toujours d'accord sur le point de savoir *quelles* autres dispositions constituent un contexte pertinent pour l'évaluation des mesures en cause ou *en quoi* certaines autres dispositions sont pertinentes. Toutefois, ces désaccords au sujet de la pertinence et de l'importance d'aspects particuliers du contexte des mesures en cause ne peuvent pas être considérés comme impliquant que la Malaisie fait valoir que, du fait qu'elle a indiqué que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS étaient les mesures spécifiques en cause, il s'ensuit que le Groupe spécial doit évaluer les mesures spécifiques énoncées à l'article 26.1 et 26.2 de la Directive RED II isolément de toutes les autres dispositions pertinentes de cette directive, du Règlement délégué ou du cadre réglementaire plus large.

7.15. Le Groupe spécial conclut que l'Union européenne n'a établi aucune base permettant de remettre en cause l'indication par la Malaisie d'aspects particuliers de ce que l'Union européenne appelle le "régime applicable aux biocarburants" en tant que mesures spécifiques en cause aux fins de la définition de l'objet de la plainte. Il conclut en outre qu'il n'y a pas de désaccord entre les parties sur le fait que, dans son évaluation des mesures spécifiques en cause, le Groupe spécial doit tenir compte d'autres dispositions de la Directive RED II, du Règlement délégué ou du contexte réglementaire plus large dans la mesure où ils sont pertinents pour l'évaluation de la conception et du fonctionnement des mesures spécifiques en cause.

#### 7.1.1.1.2 Relation entre les mesures et terminologie connexe

7.16. Le Groupe spécial examine maintenant les mesures spécifiques en cause elles–mêmes et expose certaines considérations concernant la relation entre elles ainsi que des questions relatives à la terminologique connexe.

7.17. Pour examiner les mesures de l'UE, le Groupe spécial procédera allégation par allégation. Dans la mesure où la Malaisie a formulé la même allégation concernant différentes mesures de l'UE, cela signifie que le Groupe spécial regroupera les mesures aux fins de l'examen de cette allégation. Le Groupe spécial observe que c'est également de cette façon que la Malaisie a présenté ses allégations et que, dans une large mesure, les arguments qu'elle avance au titre de ces allégations ne font pas de distinction entre les mesures.

7.18. Une seconde observation générale est que les considérations exposées plus haut concernant l'évaluation des mesures par le Groupe spécial dans le contexte plus large du régime réglementaire dans son ensemble s'appliquent également à la relation entre les mesures en cause. En sus de cette observation générale, toutefois, le Groupe spécial examinera plus loin certaines questions spécifiques concernant la façon dont certaines des mesures sont liées entre elles.

7.19. Passant aux mesures individuelles, le Groupe spécial les examine l'une après l'autre et formule les observations suivantes.

##### 7.1.1.1.2.1 Part maximale de 7%

7.20. En ce qui concerne la première mesure, les observations du Groupe spécial ont un caractère purement terminologique. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, la Malaisie appelle la mesure énoncée à l'article 26.1 de la Directive RED II la "limite de 7%".[203] L'Union européenne appelle cette même mesure la "part maximale de 7%".

[203] WT/DS600/6, paragraphe 10.

7.21. Le Groupe spécial ne voit rien de fondamentalement problématique dans le fait de désigner la mesure sous le nom de "limite de 7%" ou de "part maximale de 7%", mais il utilisera la terminologie employée par l'Union européenne. Cette formulation suit de plus près les termes employés dans le texte de l'article 26.1 lui–même.

7.22. Le Groupe spécial estime qu'il existe un risque de confusion important s'il est fait référence à la même mesure de plusieurs façons différentes et cette terminologie a donc été harmonisée tout au long du rapport.[204]

#### 7.1.1.1.2.2 Plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS

7.23. Le Groupe spécial examine maintenant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, visée à l'article 26.2 de la Directive RED II. Une première question concerne le point de savoir si le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS doivent être considérés comme une mesure unique ou comme deux mesures distinctes et, dans le même ordre d'idées, s'il convient d'y faire référence au singulier ou au pluriel. Une seconde question concerne la relation entre cette mesure, c'est–à–dire le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et la certification relative au faible risque de CIAS.

##### *Une mesure unique ou deux mesures distinctes*

7.24. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, la Malaisie a fait référence au "plafond" pour risque élevé de CIAS et à l'"élimination progressive" pour risque élevé de CIAS comme étant deux mesures, et elle suit la même approche dans ses communications au Groupe spécial. L'Union européenne fait de même dans ses communications en l'espèce et fait référence au "plafond" pour risque élevé de CIAS et à l'"élimination progressive" pour risque élevé de CIAS comme étant deux mesures distinctes. Le Groupe spécial observe qu'il appartient à un groupe spécial de décider si deux mesures (ou deux aspects d'une mesure) peuvent être considérées comme une mesure unique. Cette décision devrait être éclairée par les formulations utilisées par le Membre plaignant et/ou le Membre défendeur, mais n'est pas dictée par la manière dont les parties désignent et qualifient la ou les mesures.[205]

7.25. Le Groupe spécial voit plusieurs raisons de faire référence au plafond et à l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS au singulier et de les analyser en tant que mesure unique.

[204] Le Groupe spécial observe qu'il n'est pas rare que les parties à un différend emploient une terminologie différente pour désigner la ou les mêmes mesures, et il est clair qu'un groupe spécial est libre d'employer la terminologie qu'il juge appropriée, compte tenu d'une série de considérations comme la neutralité, la commodité et la réduction au minimum des possibilités de confusion. Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Marquage de l'origine (Hong Kong, Chine)*, note de bas de page 13 ("prescription en matière de marquage de l'origine" par opposition à "prescription révisée en matière de marquage de l'origine"); *Turquie – Produits pharmaceutiques (UE)*, note de bas de page 156 ("mesure de localisation" par opposition à "prescription relative à la localisation"); *Australie – Emballage neutre du tabac*, note de bas de page 170 (notant que les différents Membres plaignants "ont employé des termes différents pour désigner collectivement les mesures en cause"); *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, note de bas de page 20 ("mesure d'exemption relative aux gouvernements" par opposition à "mesure relative aux organismes publics"); *Argentine – Mesures à l'importation* ("prescriptions restrictives liées au commerce" ou "PRLC" par opposition à "prescriptions liées au commerce" ou "PLC"), note de bas de page 122; *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, note de bas de page 11 et paragraphe 7.291 ("aide au lancement" par opposition à "financement des États membres"); *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, note de bas de page 4 et paragraphes 6.26 à 6.28 (expliquant à la lumière des différentes formulations privilégiées par les parties que la désignation de la mesure comme étant "le maintien en application des 18 droits" en cause était uniquement destinée à faciliter les références multiples que nous faisons à la mesure en cause tout au long du présent rapport).

[205] Dans des affaires où l'existence d'une mesure "unique" constituée de multiples composants était contestée, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont généralement examiné trois facteurs principaux: i) la manière dont le plaignant avait présenté sa ou ses allégations en ce qui concerne les éléments constitutifs; ii) la position du défendeur; et iii) la manière dont les composants fonctionnaient et étaient liés les uns aux autres pour déterminer s'ils étaient "autonomes ou indépendants", ou plus "interdépendants" et "intégrés". (Voir les rapports du Groupe spécial *Turquie – Produits pharmaceutiques (UE)*, paragraphe 7.7 et notes de bas de page 168 à 176 (faisant référence aux rapports des Groupes spéciaux *Chine – Matières premières; États-Unis – EPO*; *Chine – Terres rares*, *CE – Produits dérivés du phoque*; *Argentine – Mesures à l'importation*; *Indonésie – Poulet*; et *Inde – Cellules solaires*); et les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*; *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*; et *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphes 5.124, 5.130 et 5.131.)

D'un point de vue conceptuel, l'"élimination progressive" est en substance le "plafond" qui est progressivement ramené à zéro à la fin de 2030, au plus tard.[206] De plus, les allégations que la Malaisie présente dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial ainsi que dans ses communications concernant le "plafond" et l'"élimination progressive" pour risque élevé de CIAS sont les mêmes et s'appliquent aussi bien au plafond qu'à l'élimination progressive. En fait, en réponse à une question du Groupe spécial demandant à la Malaisie de préciser si elle cherche à obtenir des "déterminations et constatations distinctes pour chaque mesure dans le cadre de chacune de ses allégations pertinentes", celle-ci confirme que "les deux mesures [c'est-à-dire le "plafond" et l'"élimination progressive"] sont incompatibles avec les mêmes obligations" et "cela pour les mêmes raisons".[207] Dans ces circonstances, on ne voit pas très bien ce que cela ajouterait d'avoir des constatations "distinctes" et des déterminations distinctes, en ce qui concerne les deux aspects interdépendants du plafond et de la suppression progressive pour risque élevé de CIAS énoncés à l'article 26.2.

7.26. Dans ces circonstances, le Groupe spécial estime qu'il est approprié de faire référence à la mesure contestée comme étant "la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS" au singulier. Là encore, il estime qu'il existe un risque de confusion important s'il est fait référence à la même mesure de plusieurs façons différentes et cette terminologie a donc été harmonisée tout au long du rapport.

### *Relation avec la certification relative au faible risque de CIAS*

7.27. Le Groupe spécial note que la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie semble indiquer le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS d'une part, et la certification relative au faible risque de CIAS, d'autre part, comme deux ensembles distincts de mesures. Le Groupe spécial examinera les questions de terminologie concernant la certification relative au faible risque de CIAS plus loin. Pour ce qui est d'établir comment la certification relative au faible risque de CIAS se rapporte à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, les considérations ci–après s'appliquent.

7.28. La certification relative au faible risque de CIAS fonctionne comme une exemption[208] de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. La mesure dans laquelle cette exemption doit être prise en compte dans l'évaluation de la compatibilité avec les règles de l'OMC de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS dépend de l'évaluation objective par le Groupe spécial de sa pertinence pour l'évaluation de la mesure en cause, c'est-à-dire la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, au regard du critère juridique particulier appliqué. Le Groupe spécial a déjà indiqué que, dans son évaluation des mesures spécifiques en cause, il devait tenir compte d'autres dispositions de la Directive RED II, du Règlement délégué ou du contexte réglementaire plus large dans la mesure où ceux–ci étaient pertinents pour l'évaluation de la conception et du fonctionnement des mesures spécifiques en cause.

7.29. À titre d'exemple, l'article 3 du Règlement délégué énonce la formule permettant d'identifier les cultures à risque élevé de CIAS. Par conséquent, le Groupe spécial doit tenir compte de l'article 3 du Règlement délégué dans son évaluation de la conception et du fonctionnement de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. La raison en est que l'article 3 du Règlement délégué est objectivement pertinent pour l'évaluation de la conception et du fonctionnement de cette mesure au regard de certains critères juridiques appliqués en l'espèce, y compris en particulier l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article XX du GATT de 1994. L'article 3 du Règlement délégué doit donc être pris en compte, qu'il y ait ou non dans la demande d'établissement

[206] Cette interprétation est renforcée par le texte de l'article 26.2 de la Directive RED II, qui, désignant le plafond par le terme "limite", dispose que "[à] compter du 31 décembre 2023 et jusqu'au 31 décembre 2030 au plus tard, cette limite diminue progressivement pour s'établir à 0%".

[207] Malaisie, réponse à la question n° 8 du Groupe spécial, paragraphe 6.

[208] La certification relative au faible risque de CIAS est une exemption en ce sens qu'elle s'applique uniquement aux lots individuels de biocarburants et n'affecte pas la classification de l'intégralité de la culture en question comme étant à risque élevé de CIAS. Voir, par exemple, le Règlement délégué, considérant 12 ("Il convient que les biocarburants … qui sont certifiés comme présentant un risque CIAS faible soient exemptés de la limite et de la réduction progressive applicables aux biocarburants … présentant un risque CIAS élevé, […]"). (pas de mise en relief dans l'original) Voir aussi le Règlement délégué, article 6.3, qui confirme que les "lots" de biocarburants sont ceux qui "doi[vent] être considéré[s] comme [étant à faible risque de CIAS]".

d'un groupe spécial un libellé indiquant que les allégations concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS doivent prendre en compte ledit article.

7.30. Par conséquent, le Groupe spécial conclut que la mesure dans laquelle l'exemption pour certification relative au faible risque de CIAS (et toute autre disposition de la Directive RED II, le Règlement délégué ou le contexte réglementaire plus large) doit être prise en compte dans son évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS dépend de l'évaluation objective par le Groupe spécial de leurs interrelations et des critères juridiques particuliers appliqués.

7.31. Passant maintenant à son évaluation de leurs interrelations et des critères juridiques particuliers appliqués, le Groupe spécial estime que les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS sont en principe pertinents pour son évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au titre de l'article 2 de l'Accord OTC et des dispositions pertinentes du GATT de 1994. En particulier, il considère que la possibilité de certification relative au faible risque de CIAS est pertinente pour l'évaluation du point de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC et, dans l'affirmative, si cette mesure est compatible avec l'article 2.1 et 2.2 dudit accord. Le Groupe spécial estime que les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS sont en principe également pertinents pour son évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard des obligations et exceptions pertinentes figurant dans le GATT de 1994, y compris les articles I$^{er}$, III, X:3 a), XI:1 et XX. Plusieurs considérations amènent le Groupe spécial à cette conclusion.

7.32. Premièrement, il ressort du texte de la Directive RED II et du Règlement délégué que la possibilité de certification relative au faible risque de CIAS fait partie intégrante de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS en ce sens que, prise conjointement avec les critères pour la classification à risque élevé de CIAS, cette possibilité définit en partie le champ d'application global des prescriptions en matière de "plafond et élimination progressive" qui sont prévues dans la mesure. De fait, la possibilité de certification relative au faible risque de CIAS est incorporée dans l'article 26.2 lui–même, qui dispose dans son premier paragraphe que "la part [des biocarburants à risque élevé de CIAS] n'excède pas le niveau de consommation de ces combustibles ou carburants dans l'État membre concerné enregistré en 2019, à moins que les produits en question ne soient certifiés comme étant des biocarburants … présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols".[209] La relation étroite entre la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS est mise en évidence par le fait qu'une exemption ne serait pas nécessaire si le biocarburant en cause n'était pas précisément un biocarburant à risque élevé de CIAS, auquel ladite mesure s'applique. En d'autres termes, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est intégralement liée à la certification relative au faible risque de CIAS et fonctionne conjointement avec celle–ci.

7.33. Deuxièmement, il y a eu plusieurs différends antérieurs dans lesquels l'évaluation de la conformité avec les règles de l'OMC d'une mesure au titre du GATT de 1994 et/ou de l'Accord OTC tenait compte de la manière dont les exemptions de la mesure contestée étaient définies et appliquées. Par exemple, dans l'affaire États-Unis – Crevettes, la mesure en cause était une prohibition à l'importation de crevettes imposée par les États–Unis, et l'Organe d'appel a axé son examen de ladite mesure au regard du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 sur certaines lacunes dans la manière dont les exceptions applicables et les procédures de certification connexes étaient appliquées.[210] Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, la mesure en cause était une interdiction des produits dérivés du phoque imposée par l'UE, et l'analyse du Groupe spécial et de l'Organe d'appel a porté sur la conception et l'application des exceptions en faveur des communautés inuites ou d'autres communautés indigènes et des exceptions relatives à la gestion des ressources marines. Le Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque* a examiné ces exceptions dans le cadre de son évaluation au regard de l'article 2.1 de l'Accord OTC, puis de nouveau au regard de

[209] Pas de mise en relief dans l'original.
[210] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 161 à 177.

l'article XX.[211] L'Organe d'appel a suivi une approche semblable dans son analyse au regard de l'article XX du GATT de 1994.[212]

7.34. Troisièmement, il apparaît que les parties au présent différend conviennent que certains aspects de la certification relative au faible risque de CIAS, y compris tout au moins les critères relatifs au faible risque de CIAS, sont en principe pertinents pour l'évaluation par le Groupe spécial de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard de l'Accord OTC et du GATT de 1994. Entre autres choses, dans sa première communication écrite, la Malaisie fait référence aux critères relatifs au faible risque de CIAS dans le contexte de sa description de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS en tant que mesure en cause[213] et, dans le contexte de ses allégations concernant ladite mesure, elle fait valoir que ces critères sont inapplicables et inefficaces. Selon elle, cela prouve une fois de plus que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence du biocarburant dérivé du palmier à huile dans l'Union européenne aux fins de l'article 2.1 de l'Accord OTC, et aussi que ladite mesure a un effet limitatif sur le commerce aux fins de l'article 2.2 dudit accord.[214] Pour sa part, l'Union européenne note que "[l]e système de certification des carburants à faible risque de CIAS fait partie intégrante du Règlement délégué et est pertinent pour l'évaluation des deux "mesures" indiquées par la Malaisie".[215] Dans le contexte de l'examen du caractère restrictif pour le commerce de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, l'Union européenne fait valoir que l'incidence des mesures en cause sur le commerce est minime compte tenu, entre autres choses, des dispositions concernant la certification relative au faible risque de CIAS.[216] Les deux parties renvoient à leurs arguments au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994.

7.35. Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial considère que, en principe, tant les critères que la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS pourraient être pertinents pour son évaluation de la conception et du fonctionnement de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS dans le cadre de l'évaluation des allégations du Membre plaignant concernant ladite mesure, et pourraient donc être pris en compte dans cette évaluation.

7.36. Cela étant dit, le Groupe spécial rappelle la distinction explicite faite dans l'Accord OTC entre, d'une part, les disciplines applicables aux règlements techniques (articles 2 et 3) et aux normes (articles 4 et Annexe 3) et, d'autre part, les disciplines applicables aux procédures d'évaluation de la *conformité* avec ces règlements techniques et ces normes. Dans au moins deux différends antérieurs, des groupes spéciaux ont conclu que les questions relatives à l'évaluation de la *conformité* avec des règlements techniques n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 2. Dans ces deux affaires, les groupes spéciaux ont dit dans leur raisonnement que toute conclusion contraire ferait indûment abstraction de la structure de l'Accord OTC et des titres de section différents pour les articles 2 à 4 (Règlements techniques et normes) et pour les articles 5 à 9 (Conformité aux règlements techniques et aux normes).[217]

7.37. Dans le présent différend, et pour les raisons qui sont exposées dans la section 7.1.3.1 du présent rapport, le Groupe spécial comprend que la Malaisie fait valoir que l'article 6 du Règlement délégué, que le Groupe spécial désigne par l'expression "procédure de certification relative au faible risque de CIAS", est une "procédure d'évaluation de la conformité" telle qu'elle est définie à l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC, qui est de ce fait soumise aux disciplines de l'article 5 de l'Accord. Il examinera dans la section 7.1.3 du présent rapport les allégations formulées par la Malaisie concernant cette "procédure d'évaluation de la conformité" alléguée au titre de l'article 5.1, 5.2, 5.6 et 5.8 de l'Accord OTC.

---

[211] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 7.646 à 7.651 (renvoyant à son analyse au regard de l'article 2.1).

[212] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.316 à 5.339. L'Organe d'appel n'a pas formulé de constatations au titre de l'article 2.1 parce qu'il a infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle le régime de l'UE applicable aux produits dérivés du phoque était un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

[213] Voir, par exemple, Malaisie, première communication écrite, paragraphes 387 et 388.

[214] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 568, 595, 622 à 626.

[215] Union européenne, première communication écrite, note de bas de page 371.

[216] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1391 à 1394.

[217] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.510 à 7.515; et *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphes 7.878 et 7.879.

7.38. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial ne prend pas en compte la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS dans son évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard des obligations énoncées à l'article 2 de l'Accord OTC. Même s'il était juridiquement approprié de le faire, cela ferait simplement double emploi avec son analyse et ses constatations au regard de l'article 5 de l'Accord OTC, étant donné que la même procédure de certification relative au faible risque de CIAS fait l'objet d'un examen complet dans le contexte des allégations au titre de l'article 5.1, 5.2, 5.6 et 5.8 dudit accord.

7.39. Compte tenu de toutes les considérations qui précèdent, dans son évaluation des allégations concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard de l'article 2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial prendra en compte la conception et le fonctionnement des critères relatifs au faible risque de CIAS (énoncés aux articles 4 et 5 du Règlement délégué), mais ne prendra pas en compte la procédure de certification relative au faible risque de CIAS (énoncée à l'article 6 du Règlement délégué). Comme il a été expliqué plus haut, la raison en est que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS fait l'objet des allégations au titre de l'article 5 de l'Accord OTC.

7.40. Dans le GATT de 1994, il n'y a pas de distinction équivalente à celle qui est faite dans l'Accord OTC entre les règlements techniques et les procédures d'évaluation de la conformité. Il est donc possible que, dans son évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard du GATT de 1994, le Groupe spécial tienne compte de la conception et du fonctionnement à la fois des critères relatifs au faible risque de CIAS et de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS. Ainsi, dans son évaluation des allégations au titre des articles XI:1, III:4, I:1 et X:3 a) du GATT de 1994, le Groupe spécial évalue la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS en tenant compte des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS dans la mesure où ils sont contestés au titre de ces dispositions.

#### 7.1.1.1.2.3 Certification relative au faible risque de CIAS

7.41. Le Groupe spécial renvoie aux considérations susmentionnées concernant la relation entre la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS. Étant donné, et outre, ces considérations, il juge utile de clarifier la terminologie qu'il utilise dans le présent rapport pour désigner cette mesure.

7.42. Dans ses constatations, le Groupe spécial appelle "critères relatifs au faible risque de CIAS" les critères pour la certification d'un biocarburant comme présentant un faible risque de CIAS (figurant, par exemple, aux articles 4 et 5 du Règlement délégué) et "procédure de certification relative au faible risque de CIAS" la procédure permettant de certifier un biocarburant comme présentant un faible risque de CIAS (figurant, par exemple, à l'article 6 du Règlement délégué). Lorsque le Groupe spécial fait référence aux critères et à la procédure collectivement ou de manière générale, il utilise l'expression "certification relative au faible risque de CIAS" ou "critères et procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS".

7.43. Comme le Groupe spécial l'explique dans le contexte de ses constatations concernant l'existence d'une "procédure d'évaluation de la conformité" au sens de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC[218], il comprend que la mesure spécifique contestée par la Malaisie aux fins des allégations au titre de l'article 5 de l'Accord OTC est la procédure de certification relative au faible risque de CIAS.

7.44. Alors qu'il n'y a aucun doute quant à ce à quoi les parties font référence lorsqu'elles utilisent leur terminologie respective pour la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, il n'en va pas de même en ce qui concerne leurs références à la certification relative au faible risque de CIAS et à des aspects particuliers de celle–ci. Par conséquent, et contrairement à l'approche suivie pour la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le Groupe spécial n'a pas tenté d'harmoniser l'utilisation des expression "critères relatifs au faible risque de CIAS", "procédure de certification

[218] Voir la section 7.1.3.1 du présent rapport.

relative au faible risque de CIAS", ou "certification relative au faible risque de CIAS" ou "critères et procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS".

#### 7.1.1.1.3 Questions relatives au champ temporel découlant de la mise en œuvre en cours de la Directive RED II et du Règlement délégué

7.45. Le Groupe spécial examine maintenant certaines questions relatives au champ temporel découlant de l'établissement du Groupe spécial en mai 2021, dans le contexte de la mise en œuvre en cours de la Directive RED II et du Règlement délégué pendant la période 2018–2023. Il commencera par présenter une brève chronologie des événements en tant que contexte factuel pertinent et examinera ensuite plusieurs questions concernant la mise en œuvre en cours de la Directive RED II et du Règlement délégué qui méritent d'être considérées à la lumière du moment auquel le Groupe spécial a été établi.

7.46. Le Groupe spécial rappelle que la Directive RED II a été adoptée et est entrée en vigueur en décembre 2018. Diverses dispositions de cette directive prescrivaient ou prévoyaient l'adoption d'autres mesures de mise en œuvre de l'article 26.1 et 26.2 ultérieurement. À cet égard, le Groupe spécial note ce qui suit:

a. Bien que la Directive RED II ait été adoptée le 11 décembre 2018 et soit entrée en vigueur le 24 décembre 2018, la période consacrée à sa transposition (y compris mais pas exclusivement l'article 26.1 et 26.2) dans le droit national a duré presque deux ans et demi, la date limite ayant été fixée au 30 juin 2021.[219]

b. La Directive RED I, telle que modifiée par la Directive 2015/1513, avait déjà fixé une part maximale de 7% pour la comptabilisation des biocarburants conventionnels aux fins de la réalisation à la fois des objectifs nationaux en matière d'énergie renouvelable (article 3.1, deuxième alinéa) et de l'objectif en matière de transport (article 3.4. d)). Il s'agissait d'objectifs fixés pour 2020. Par conséquent, les États membres de l'UE devaient déjà appliquer la part maximale de 7% en 2020. Toutefois, dans la mesure où la part maximale de 7% prévue à l'article 26.1 de la Directive RED II pouvait être inférieure (du fait du point de repère révisé basé sur la part de 2020), les États membres de l'UE étaient tenus, conformément à l'article 36.1 de la Directive RED II, de la mettre en vigueur au plus tard le 1er juillet 2021. Le texte de l'article 26.1 de la Directive RED II ne spécifie pas d'autres mesures à prendre pour la mise en œuvre de ses dispositions.

c. En ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, conformément à l'article 36.1 de la Directive RED II, les États membres de l'UE étaient tenus de la mettre en vigueur au plus tard le 1er juillet 2021. À la différence de ce qui était prévu concernant la part maximale de 7%, le texte de l'article 26.2 de la Directive RED II prévoyait l'exécution des actions intermédiaires et/ou ultérieures ci–après:

   i. La Commission européenne était tenue de présenter au Parlement européen et au Conseil un rapport sur l'état de l'expansion, à l'échelle mondiale, de la production des cultures destinées à l'alimentation humaine et animale concernées (c'est–à–dire le Rapport d'état 2019) le 1er février 2019 au plus tard.

   ii. La Commission européenne était tenue d'adopter un acte délégué conformément à l'article 35 de la Directive RED II pour compléter ladite directive en définissant les critères pour la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse à faible risque de CIAS et pour la détermination des matières premières à risque élevé de CIAS et dont la zone de production gagnait nettement sur les terres présentant un important stock de carbone (c'est–à–dire le Règlement délégué) également le 1er février 2019 au plus tard.

   iii. La Commission européenne était tenue de réexaminer les critères énoncés dans le Règlement délégué et d'adopter des actes délégués conformément à l'article 35

[219] L'article 36 de la Directive RED II (intitulé "Transposition"), en particulier l'article 36.1, dispose que "[l]es États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer aux articles 2 à 13, aux articles 15 à 31, à l'article 37 et aux annexes II, III et V à IX au plus tard le 30 juin 2021".

modifiant, au besoin, lesdits critères et comprenant une trajectoire pour l'"élimination progressive" pour risque élevé de CIAS prévue à l'article 26.2 pour le 1er septembre 2023.

iv. À compter du 31 décembre 2023 et jusqu'au 31 décembre 2030 au plus tard, le plafond applicable aux biocarburants à risque élevé de CIAS diminuera progressivement pour s'établir à 0% (c'est–à–dire l'"élimination progressive").

7.47. Comme le prévoyait le texte de l'article 26.2 de la Directive RED II, la Commission européenne a exécuté les actions ci–après[220] en mars 2019:

a. La Commission européenne a présenté son rapport sur l'état de l'expansion, à l'échelle mondiale, de la production des cultures destinées à l'alimentation humaine et animale concernées (c'est–à–dire le Rapport d'état 2019). Ce rapport est daté du 13 mars 2019.

b. La Commission européenne a adopté le Règlement délégué, qui complète la Directive RED II. Ce règlement a aussi été adopté le 13 mars 2019 et est entré en vigueur le 10 juin 2019.[221]

7.48. Le Rapport d'état et le Règlement délégué prévoyaient que les autres actions supplémentaires ci–après seraient entreprises pour le 30 juin 2021 en vue de la mise en œuvre et de l'application de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et des critères et procédures de certification relatifs au faible risque de CIAS connexes:

a. L'article 7 du Règlement délégué, intitulé "Suivi et réexamen"[222] exigeait de la Commission européenne qu'elle procède à un réexamen pour le 30 juin 2021 (ainsi qu'à d'autres réexamens par la suite, mais sans spécifier de délai(s) particulier(s)). Plus spécifiquement, la Commission européenne devait réexaminer tous les aspects pertinents du Rapport d'état, en particulier les données relatives à l'expansion des matières premières, ainsi que les éléments de preuve concernant les facteurs justifiant la disposition relative aux "petits exploitants" à l'article 5.1[223] et, s'il y avait lieu, modifier le Règlement délégué, le rapport révisé devenant la base de l'application des critères énoncés à l'article 3 dudit règlement.[224]

b. Le Rapport d'état indique que les mesures concernant la certification relative au faible risque de CIAS "doivent être réalisables en pratique et éviter une charge administrative excessive", et que garantir une vérification et un audit robustes de la conformité "nécessite une évaluation approfondie qui pourrait ne pas être justifiée dans certaines circonstances et pourrait constituer un obstacle au succès de la mise en œuvre de l'approche".[225] Il indique également que, "[a]fin de garantir une mise en œuvre robuste et harmonisée, la Commission [européenne] va présenter des règles techniques supplémentaires concernant les méthodes concrètes de vérification et d'audit dans un acte d'exécution, conformément

[220] L'article 35 de la Directive RED II énonce les conditions auxquelles la Commission adopte les "actes délégués" indiqués dans ladite directive, y compris les actes délégués indiqués à l'article 26.2.

[221] Le Groupe spécial note que ce règlement délégué, qui est "entré en vigueur" le 10 juin 2019 et complète la Directive RED II en énonçant les critères servant à déterminer les matières premières présentant un risque élevé de CIAS et à certifier les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque de CIAS, n'avance pas ni ne modifie d'une autre manière la date limite du 30 juin 2021 pour la transposition par les États membres de la Directive RED II (y compris mais pas exclusivement l'article 26.1 et 26.2) dans le droit national.

[222] L'article 7 du Règlement délégué est décrit plus en détail aux paragraphes 2.55 et 2.56 de la partie descriptive du présent rapport.

[223] L'article 5.1 du Règlement délégué est reproduit au paragraphe 2.61 de la partie descriptive du présent rapport.

[224] L'article 3 du Règlement délégué est reproduit au paragraphe 2.51 de la partie descriptive du présent rapport.

[225] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), pages 17 et 18.

à l'article 30, paragraphe 8, de la directive RED II".[226] Il ajoute que "[l]a Commission adoptera cet acte d'exécution au plus tard le 30 juin 2021".[227]

7.49. Le Groupe spécial note qu'il n'est pas contesté que, nonobstant ces délais:

a. La Commission européenne n'a pas procédé au réexamen prescrit à l'article 7 du Règlement délégué pour le 30 juin 2021. Et un réexamen de ce type n'avait pas été effectué non plus au moment où les parties ont déposé leurs communications finales dans le présent différend.[228]

b. La Commission européenne n'a adopté aucun acte d'exécution[229] pour la certification relative au faible risque de CIAS pour le 30 juin 2021. Cependant, le 14 juin 2022, la Commission européenne a adopté, conformément à l'article 30.8 de la Directive RED II, le Règlement d'exécution (UE) 2022/996 concernant les règles relatives à la vérification du respect des critères de durabilité et de réduction des émissions de GES et des critères relatifs au faible risque de CIAS.[230]

7.50. Par conséquent, il y a eu une mise en œuvre progressive de la Directive RED II et du Règlement délégué en ce qui concerne les mesures part maximale de 7% et plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS pendant la période 2018–2023. La demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie est datée du 15 avril 2021 et l'ORD a établi le Groupe spécial le 28 mai 2021.[231] Les événements pertinents indiqués plus haut peuvent être résumés comme suit par rapport au moment où le Groupe spécial a été établi:

a. Au moment de la demande d'établissement d'un groupe spécial, la Directive RED II avait déjà été adoptée et était déjà entrée en vigueur, le Rapport d'état sous–tendant le Règlement délégué avait déjà été établi, et le Règlement délégué également avait été adopté et était entré en vigueur.

b. Toutefois, au moment de la demande d'établissement d'un groupe spécial et de l'établissement du Groupe spécial, la date limite du 30 juin 2021 n'avait pas encore été dépassée pour:

   i. la transposition de la Directive RED II (y compris mais pas exclusivement l'article 26.1 et 26.2) dans le droit national;

   ii. le réexamen prévu à l'article 7 du Règlement délégué; et/ou

   iii. l'adoption d'un acte d'exécution pour la certification relative au faible risque de CIAS conformément aux dispositions du Rapport d'état et du Règlement délégué.

c. De plus, la date à laquelle la Commission européenne devait définir une trajectoire pour l'"élimination progressive" pour risque élevé de CIAS (1er septembre 2023) et les dates limites pour le commencement le plus tardif et la fin la plus tardive de l'"élimination progressive" proprement dite (31 décembre 2023-31 décembre 2030) n'avaient pas encore été atteintes.

[226] Le Groupe spécial note que, sans spécifier un quelconque délai, l'article 30.8 de la Directive RED II exige de la Commission qu'elle "adopte des actes d'exécution précisant les règles de mise en œuvre détaillées, notamment les normes adaptées en matière de fiabilité, de transparence et de contrôle indépendant, et impose que tous les systèmes volontaires les appliquent" afin de garantir le respect, notamment, "des dispositions relatives aux [biocarburants] présentant un faible risque ou un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols".

[227] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 18.

[228] Union européenne, réponse à la question n° 56 du Groupe spécial, paragraphe 348.

[229] Le Groupe spécial note que, bien que le Rapport d'état fasse référence à un "acte" d'exécution, l'Union européenne fait aussi référence à des "règles d'exécution" et à un "règlement d'exécution" en ce qui concerne la même action. L'instrument finalement adopté par l'Union européenne est appelé le "règlement d'exécution".

[230] Voir plus haut le paragraphe 2.63.

[231] Voir plus haut le paragraphe 1.3.

7.51. Dans ce contexte, le Groupe spécial va maintenant examiner plusieurs questions concernant la mise en œuvre en cours de la Directive RED II et du Règlement délégué qui méritent d'être considérées à la lumière du moment auquel le Groupe spécial a été établi. Il estime que chacune de ces questions mérite d'être considérée compte tenu de son devoir de déterminer le champ des mesures et des allégations qui lui sont soumises à bon droit.

7.52. Premièrement, le Groupe spécial rappelle la date limite du 30 juin 2021 pour la transposition de la Directive RED II (y compris mais pas exclusivement son article 26.1 et 26.2) dans le droit national et le fait que la date de commencement la plus tardive pour l'"élimination progressive" est le 31 décembre 2023. Il estime toutefois qu'aucune de ces dates limites ne crée un quelconque obstacle en matière de compétence à son examen des mesures spécifiques en cause. Si on laisse de côté les questions relatives à la terminologie qui qualifierait le mieux la situation des mesures avant et après la date limite du 30 juin 2021 pour leur transposition dans le droit national, l'Union européenne n'a pas laissé entendre que le fait que ces dates étaient postérieures à la date d'établissement du Groupe spécial constituait une circonstance qui empêchait ce dernier de se prononcer sur les mesures.

7.53. En règle générale, la législation impérative d'un Membre, même si elle n'est pas encore en vigueur ou n'est pas appliquée, peut être contestée par un autre Membre de l'OMC, à tout le moins lorsque l'entrée en vigueur ou l'application ultérieure est automatique à une date future et ne dépend pas d'une nouvelle action législative.[232] En outre, le fait qu'une directive de l'UE exige qu'il y ait transposition par les États membres ne signifie pas que la mesure énoncée dans cette directive serait en quelque sorte à l'abri d'un examen par un groupe spécial de l'OMC, ou ne se prêterait pas à un examen, avant la date limite de transposition.[233] Là encore, le Groupe spécial observe que l'Union européenne n'a pas laissé entendre le contraire.

7.54. Pour revenir aux mesures en cause, le Groupe spécial note que ni la date de transposition générale de la Directive RED II (30 juin 2021) ni la date fixée pour le commencement le plus tardif (31 décembre 2023) et la fin la plus tardive (31 décembre 2023) de l'"élimination progressive" n'empêchent un quelconque État membre de l'UE de transposer les mesures dans le droit national avant cette date. Elles n'empêchent pas non plus un quelconque État membre de l'UE de commencer à éliminer progressivement l'utilisation du biocarburant dérivé de l'huile de palme avant le 31 décembre 2023.[234]

7.55. Deuxièmement, le Groupe spécial examine maintenant une question distincte, celle de savoir s'il peut tenir compte de circonstances et d'éléments nouveaux de nature factuelle découlant de la mise en œuvre progressive de la Directive RED II et du Règlement délégué dans la mesure où ceux-ci ont évolué au cours de la procédure, c'est–à–dire après la demande d'établissement d'un groupe spécial et l'établissement du Groupe spécial. Autrement dit, il s'agit de savoir s'il est interdit au Groupe spécial, sur le plan de la compétence, de tenir compte de quelconques aspects de la situation factuelle postérieurs à son établissement dans son évaluation de la conception et du fonctionnement

[232] Rapports du Groupe spécial *Chine – Pièces automobiles*, note de bas de page 202 (faisant référence à *Turquie – Textiles*, paragraphe 9.37, qui fait référence aux rapports des Groupes spéciaux du GATT *États-Unis – Fonds spécial*, *CEE – Pièces détachées et composants* et *États-Unis – Boissons à base de malt*). Dans le même ordre d'idées, le Groupe spécial Russie – Traitement tarifaire a dit qu'il ne voyait "aucune raison d'exclure de la procédure de règlement des différends une mesure qui [était] en vigueur mais qui [devait] encore être appliquée". (Rapport du Groupe spécial *Russie – Traitement tarifaire*, paragraphe 7.98)

[233] Rapport du Groupe spécial *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, paragraphe 7.394 (dans lequel le Groupe spécial a conclu que, "ayant établi que la mesure relative à la dissociation figurant dans la Directive s'appliqu[ait] et [avait] des effets réglementaires sur tout l'ensemble du territoire de l'UE, [il] ne voy[ait] aucune raison d'évaluer la compatibilité de cette mesure avec les règles de l'OMC dans chaque État membre de l'UE individuel, simplement parce que sa conception et son fonctionnement attendu [étaient] tels qu'elle exige[ait] sa mise en œuvre par les États membres de l'UE et accord[ait] à ces États membres un élément discrétionnaire lors de sa mise en œuvre")

[234] Dans sa première communication écrite, la Malaisie affirme que "[l]a Directive RED II prévoit seulement une élimination progressive des biocarburants présentant un risque élevé de CIAS pour ce qui est de la comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, mais un certain nombre d'États membres de l'UE sont allés de l'avant et ont pris des mesures qui vont au-delà de la Directive RED II et qui excluent le biocarburant dérivé du palmier à huile des politiques pertinentes, sans exceptions pour les matières premières présentant un faible risque de CIAS, voire de toute utilisation en tant que biocarburant." (Malaisie, première communication écrite, paragraphe 86)

de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, ainsi que des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS.

7.56. Le mandat du Groupe spécial est régi par la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie. Par conséquent, les termes de cette demande constituent le point de départ de son examen de la question de savoir s'il lui est interdit, sur le plan de la compétence, de tenir compte de quelconques aspects de la situation factuelle postérieurs à son établissement dans son évaluation de la conception et du fonctionnement de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS.

7.57. Pour indiquer les "mesures spécifiques en cause" aux fins de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, la Malaisie commence par énumérer dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial plusieurs instruments juridiques dans lesquels ces mesures sont énoncées. Cette liste comprend la Directive RED II et le Règlement délégué[235], ainsi que:

> toutes annexes y relatives, modifications, mesures complémentaires, mesures de remplacement, mesures de reconduction, prorogations, *mesures de mise en œuvre* ou toutes autres mesures connexes, et toutes exemptions appliquées.[236]

7.58. Outre ce libellé indiquant que les mesures en cause comprennent "*toutes … mesures de mise en œuvre*", il est indiqué au paragraphe 32 de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie que les allégations juridiques au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994 énumérées ci-après concernent les mesures de l'UE en cause, "telles qu'elles sont incorporées et exposées dans les instruments juridiques et autres correspondants spécifiés plus haut au paragraphe 23 *et telles qu'elles sont appliquées par les autorités compétentes*".[237]

7.59. Le Groupe spécial observe que, en règle générale dans les procédures de règlement des différends à l'OMC, le mandat d'un groupe spécial l'oblige à évaluer la compatibilité avec les règles de l'OMC d'une mesure contestée telle qu'elle existait à la date d'établissement du groupe spécial.[238] Toutefois, des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont confirmé qu'un groupe spécial pouvait examiner des mesures modificatives ou des mesures de mise en œuvre adoptées après son établissement. Au moment de décider s'il convient d'examiner des mesures modifiées ou des mesures de mise en œuvre, la question pertinente à se poser est de savoir si la modification ou la mesure de mise en œuvre "modifie l'essence des mesures" indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.[239] La mesure dans laquelle la référence à des mesures "connexes" ou "de mise en œuvre" dans une demande d'établissement d'un groupe spécial peut avoir pour effet de faire entrer des mesures prises après l'établissement du groupe spécial dans le cadre du mandat d'un groupe spécial doit être évaluée "en fonction des circonstances de chaque affaire particulière".[240]

7.60. Ces principes ont été élaborés par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans le contexte de l'examen du point de savoir si les "mesures spécifiques en cause" indiquées dans une demande d'établissement d'un groupe spécial pouvaient inclure des mesures de mise en œuvre prises après l'établissement d'un groupe spécial. Toutefois, dans la mesure où la pratique du règlement des différends à l'OMC permet de se prononcer sur des mesures postérieures à l'établissement d'un groupe spécial, il va de soi, a fortiori, qu'il n'est pas interdit à un groupe spécial de tenir compte de

[235] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 23.
[236] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 23 v). (pas de mise en relief dans l'original)
[237] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 32. (pas de mise en relief dans l'original)
[238] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 205. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 260; et *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 187.
[239] Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 139; les rapports des Groupes spéciaux *Argentine – Chaussures (CE)*, paragraphe 8.45; *CE – Bananes III (États-Unis)*, paragraphe 7.27, confirmé par le rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 140; et *Japon – Pellicules*, paragraphe 10.8.
[240] Rapport du Groupe spécial *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 7.77.

la situation factuelle postérieure à son établissement dans son évaluation de la conception et du fonctionnement d'une mesure qui existait au moment où il a été établi.[241]

7.61. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial estime qu'il ne lui est pas nécessairement interdit, sur le plan de la compétence, de tenir compte d'éléments factuels nouveaux découlant de la mise en œuvre progressive de la Directive RED II et du Règlement délégué (dans la mesure où ceux–ci ont évolué au cours de la procédure, c'est–à–dire après la demande d'établissement d'un groupe spécial et l'établissement du Groupe spécial) dans son évaluation de la conception et du fonctionnement de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. De fait, la Malaisie et l'Union européenne font toutes deux référence à certains événements postérieurs à l'établissement du Groupe spécial, comme le réexamen des données prévu à l'article 7 du Règlement délégué et l'adoption du règlement d'exécution prévue dans le Rapport d'état et le Règlement délégué. Toutefois, le Groupe spécial n'est pas libre de le faire d'une manière qui "modifie[rait] l'essence des mesures" indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.

#### 7.1.1.2 Ordre d'analyse

7.62. Ayant précisé son approche de plusieurs questions concernant la définition des mesures de l'UE en cause, le Groupe spécial examine maintenant l'ordre d'analyse des multiples allégations juridiques formulées par la Malaisie au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994.

7.63. Le Groupe spécial examinera d'abord l'ordre d'analyse entre l'Accord OTC et le GATT de 1994, puis l'ordre d'analyse entre les multiples allégations formulées au titre de ces accords. Pour structurer son ordre d'analyse, il a accordé le poids voulu à la manière dont les parties elles–mêmes ont présenté leurs allégations et leurs moyens de défense.[242]

##### 7.1.1.2.1 Entre l'Accord OTC et le GATT de 1994

7.64. Le Groupe spécial considère que, dans les circonstances de l'espèce, l'ordre d'analyse approprié consiste à commencer par les allégations au titre de l'Accord OTC et à passer ensuite aux allégations au titre du GATT de 1994. Tel est l'ordre d'analyse suivi par les deux parties dans leurs communications, et le Groupe spécial ne voit aucune raison de s'en écarter.

7.65. L'Accord OTC peut être considéré comme traitant les mesures auxquelles il s'applique d'une manière plus spécifique et plus détaillée que ne le fait le GATT de 1994. Comme son préambule l'indique, l'Accord OTC vise à "favoriser les objectifs du GATT de 1994" et, conformément à la Note interprétative générale relative à l'Annexe 1A, les dispositions de l'Accord OTC l'emporteraient sur celles du GATT de 1994 dans la mesure où il y aurait conflit. De plus, l'Accord OTC énonce de nombreuses obligations spécifiques qui s'ajoutent à celles qu'impose le GATT de 1994: les allégations de la Malaisie au titre des articles 2.4, 2.5, 2.8 et 12.3, par exemple, ne correspondent à aucune obligation directe équivalente dans le GATT de 1994.

7.66. Le Groupe spécial note en outre que, lorsque des allégations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994 ont été présentées à des groupes spéciaux antérieurs, des considérations semblables à celles qui sont exposées plus haut ont amené ces groupes spéciaux à commencer par les allégations au titre de l'Accord OTC.[243] Bien que le Groupe spécial ne considère pas que cela rende

[241] Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines) (article 21:5 – Philippines)*, paragraphe 7.809. Le Groupe spécial Thaïlande – Cigarettes (Philippines) (article 21:5 – Philippines) a exprimé le même point de vue dans une situation comparable. Ce groupe spécial a rappelé l'approche suivie dans des différends dans lesquels des modifications avaient été apportées aux mesures contestées, ou dans lesquels des événements ultérieurs survenus au cours de cette procédure avaient eu une incidence sur le fonctionnement des mesures en cause, et a ajouté que "la même approche [pouvait] de la même manière s'appliquer à des situations où la mesure contestée rest[ait] inchangée, mais où les circonstances factuelles qui l'entour[aient] et qui [étaient] pertinentes pour déterminer la compatibilité de la mesure avec les règles de l'OMC évolu[aient] au cours d'une procédure".

[242] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 126.

[243] Voir les rapports des Groupes spéciaux *CE – Amiante*, paragraphes 8.16 et 8.17; *CE – Sardines*, paragraphe 7.16; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.7 à 7.19; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 7.43 et 7.46; *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.69; *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.73; *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 7.3 et 7.6; *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphes 7.6 et 7.13.

le même ordre d'analyse nécessaire en règle générale et indépendamment des circonstances d'un différend particulier, cela confirme que cette approche n'est pas erronée.

#### 7.1.1.2.2 Allégations au titre de l'Accord OTC

7.67. En ce qui concerne les allégations formulées au titre de l'Accord OTC, la Malaisie a présenté une série d'allégations juridiques au titre de l'article 2 (règlements techniques), de l'article 5 (procédures d'évaluation de la conformité) et de l'article 12 (traitement spécial et différencié pour les pays en développement Membres). Les parties ont traité ces allégations dans cet ordre, et là encore le Groupe spécial ne voit aucune raison de s'en écarter.

7.68. De fait, le Groupe spécial estime qu'il y a une logique intrinsèque dans cet ordre d'analyse. La question de savoir si la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques est une question qu'il examinerait afin de trancher les allégations au titre de l'article 2. La conclusion du Groupe spécial sur cette question éclairerait ensuite son évaluation de l'applicabilité de l'article 5, étant donné qu'une procédure d'évaluation de la conformité est par définition une procédure utilisée pour déterminer que les prescriptions pertinentes figurant *dans des règlements techniques* (ou des normes) sont respectées. Les conclusions du Groupe spécial au titre des articles 2 et 5 éclaireraient ensuite l'évaluation de l'applicabilité de l'article 12, et en particulier l'article 12.3: cette disposition concerne les besoins spéciaux des pays en développement Membres dans l'élaboration et l'application des *règlement techniques* et des *procédures d'évaluation de la conformité*.

7.69. L'ordre dans lequel le Groupe spécial analysera les allégations de fond au titre de l'article 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.8 et 2.9 de l'Accord OTC sera également déterminé par son évaluation des liens entre les questions soulevées dans le cadre de ces allégations. Comme les parties, le Groupe spécial commencera son analyse des allégations au titre de l'article 2 par la question liminaire commune à l'ensemble d'entre elles, c'est–à–dire la question de savoir si la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. En ce qui concerne les allégations de fond, toutefois, le Groupe spécial considère que les liens entre les questions soulevées par les parties dans certaines des allégations de fond au titre de l'article 2 justifient qu'il s'écarte partiellement de la manière dont les parties ordonnent leurs allégations au titre de l'article 2 dans leurs communications. Il expose brièvement ci–après les raisons pour cela.

7.70. Le Groupe spécial commencera son analyse par l'allégation au titre de l'article 2.4 parce que sa conclusion concernant le sens et la pertinence des quatre normes internationales qui sont fondamentales pour cette allégation éclairera son analyse des allégations au titre de l'article 2.1 et 2.2. La raison en est que la Malaisie s'appuie sur son interprétation du sens et de la pertinence de ces normes lorsqu'elle fait valoir que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne dénote aucune "distinction réglementaire légitime"[244] aux fins de l'article 2.1, ainsi que lorsqu'elle fait valoir que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime aux fins de l'article 2.2.[245] Le sens et la pertinence des quatre normes internationale sont fondamentaux pour l'allégation au titre de l'article 2.4 et les parties consacrent des arguments détaillés à cette question. Le Groupe spécial estime qu'il est logique d'examiner d'abord l'allégation au titre de l'article 2.4 puis de renvoyer à ses conclusions dans le cadre de l'examen de tous arguments connexes concernant le sens et la pertinence des normes internationales dans le contexte des allégations au titre de l'article 2.1 et 2.2. Enfin, il convient de noter que l'évaluation de l'allégation au titre de l'article 2.4 est également pertinente pour l'évaluation ultérieure des allégations concernant la transparence au titre de l'article 2.9, étant donné que l'applicabilité de ces obligations dépend de la question de savoir s'il existe une norme internationale pertinente et, dans l'affirmative, si la mesure est conforme à une telle norme.

7.71. Le Groupe spécial examinera ensuite l'allégation au titre de l'article 2.2 parce qu'il estime que ses conclusions concernant certaines questions relevant de cette disposition éclaireront nécessairement son analyse de l'allégation au titre de l'article 2.1. Plus spécifiquement, l'identification par le Groupe spécial de l'objectif ou des objectifs des mesures, et l'évaluation du point de savoir s'ils constituent un "objectif légitime", est prescrite par le texte de l'article 2.2. Dans

[244] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 575.
[245] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 610 i).

la mesure où le Groupe spécial est tenu d'entreprendre une analyse semblable dans le contexte de l'article 2.1 pour évaluer si une quelconque incidence préjudiciable sur les importations découle exclusivement d'une "distinction réglementaire légitime", il estime qu'il est logique de renvoyer aux conclusions au titre de l'article 2.2 dans l'examen des questions connexes au titre de l'article 2.1. En outre, si le Groupe spécial devait souscrire aux arguments de la Malaisie concernant la part maximale de 7% pour des motifs mettant fondamentalement en doute l'objectif de l'Union européenne de limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS imputables aux biocarburants conventionnels, cela donnerait fortement à penser qu'il n'y a pas de justification pour d'autres distinctions fondées sur les CIAS incluses dans des déterminations relatives au risque "élevé" ou "faible" de CIAS. Par conséquent, cela pourrait permettre au Groupe spécial d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en ce qui concerne les allégations au titre de l'article 2.2 et de l'article 2.1 qui visent la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Enfin, le fait que la Malaisie a contesté la part maximale de 7% uniquement au titre de l'article 2.2 est un élément supplémentaire à l'appui de la décision du Groupe spécial d'examiner l'allégation au titre de l'article 2.2 avant l'allégation au titre de l'article 2.1.

7.72. Suivant un principe général, les groupes spéciaux sont libres de structurer l'ordre de leur analyse comme ils l'entendent.[246] De plus, les parties n'ont pas fait valoir qu'il s'agissait en l'espèce d'une affaire dans laquelle "[il] exist[ait] un ordre d'analyse obligatoire qui, s'il n'[était] pas suivi, équivaudrait à une erreur de droit" ou "aur[ait] des répercussions sur la substance de l'analyse elle-même".[247] De fait, le Groupe spécial note que l'ordre des allégations indiqué plus haut est identique à l'ordre d'analyse qui a été suivi par le Groupe spécial *CE – Sardines*. Dans cette affaire, le Groupe spécial a suivi l'ordre d'analyse suggéré par le plaignant et a d'abord examiné l'allégation au titre de l'article 2.4 de l'Accord OTC, notant que "ce ne serait pas une erreur de droit de commencer par examiner [la] compatibilité [du Règlement CE] avec l'article 2.4, et d'examiner ensuite sa compatibilité avec l'article 2.2 et l'article 2.1 de l'Accord OTC, le cas échéant, car un examen effectué dans cet ordre n'influerait pas sur l'interprétation des autres dispositions".[248]

7.73. En ce qui concerne le reste des allégations au titre de l'article 2 (c'est–à–dire l'article 2.5, 2.8, 2.9.2 et 2.9.4), de l'article 5 (c'est–à–dire l'article 5.1.1, 5.1.2, 5.2.1, 5.6.1, 5.6.2, 5.6.4 et 5.8) et de l'article 12 (c'est–à–dire l'article 12.1 et 12.3), le Groupe spécial les examine les unes après les autres.

#### 7.1.1.2.3 Allégations au titre du GATT de 1994

7.74. S'agissant des allégations au titre du GATT de 1994, l'ordre d'analyse établi par la Malaisie dans ses communications est le suivant: article I:1, article III:4, article XI:1 et article X:3 a).

7.75. Le Groupe spécial note qu'il maintiendrait un certain parallélisme entre l'ordre des allégations au titre de l'Accord OTC et celui des allégations au titre du GATT de 1994 s'il examinait d'abord l'allégation au titre de l'article XI:1, puis les allégations de discrimination au titre des articles III:4 et I:1 du GATT de 1994. Comme il a été expliqué plus en détail plus haut, le Groupe spécial ordonne son analyse des allégations au titre de l'Accord OTC de manière à examiner (après avoir évalué l'article 2.4) l'allégation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC (plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire) suivie de l'allégation de discrimination au titre de l'article 2.1. Bien qu'il ne considère pas que le sens de l'expression "restrictifs pour le commerce" dans le contexte de l'article 2.2 coïncide avec celui de l'expression "restrictions [à l'importation]" de produits figurant à l'article XI:1 du GATT de 1994, il existe un certain parallélisme entre les arguments des parties en ce qui concerne ces expressions dans le présent différend.

7.76. Après avoir examiné l'allégation au titre de l'article XI:1, le Groupe spécial examinera l'allégation au titre de l'article III:4. Il examinera l'allégation au titre de l'obligation de traitement national énoncée à l'article III:4 avant l'allégation au titre de l'obligation de traitement de la nation

[246] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 126.

[247] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 109. Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.63; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 7.3.

[248] Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.18. Le Groupe spécial note également que, dans le présent différend, l'Union européenne a présenté des communications concernant l'ordre logique d'analyse au titre de l'Accord OTC et a spécifiquement indiqué que l'article 2.2 devait être traité avant l'article 2.1. (Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 43 à 49)

la plus favorisée énoncée à l'article I:1 parce que le texte de l'article I:1 inclut la référence, dans la définition de son champ d'application, à "toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III". Le Groupe spécial estime qu'il est logique d'examiner d'abord l'article III:4, puis de renvoyer à ses conclusions dans le contexte de l'examen de cet élément connexe du critère juridique énoncé à l'article I:1.

7.77. Après avoir examiné les allégations au titre de l'article XI:1, de l'article III:4 et de l'article I:1, le Groupe spécial examinera l'allégation au titre de l'article X:3 a). Il note que, dans la mesure où l'allégation de la Malaisie au titre de l'article X:3 a) et ses allégations au titre de l'article 5 de l'Accord OTC se chevauchent, cet ordre d'analyse des allégations au titre du GATT de 1994 maintient un certain parallélisme avec l'ordre des allégations au titre de l'Accord OTC.

### 7.1.2 Allégations au titre de l'article 2 de l'Accord OTC

#### 7.1.2.1 Annexe 1.1 – Existence d'un "règlement technique"

##### 7.1.2.1.1 Introduction

7.78. Ayant exposé ces considérations préliminaires concernant la définition des mesures de l'UE en cause ainsi que l'ordre d'analyse des allégations formulées au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994, le Groupe spécial examine à présent la question liminaire de savoir si la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des "règlements techniques" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.[249]

7.79. La Malaisie affirme[250] que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques au sens de la définition donnée à l'Annexe 1.1. Sur la base des divers éléments de cette définition, elle fait valoir que l'article 26 de la Directive RED II et le Règlement délégué: i) sont des "documents" qui s'appliquent à un "groupe de produits identifiable"; ii) que la "composition du biocarburant", et plus spécifiquement la qualité d'être produit à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale (dans le cas de la part maximale de 7%) ou d'une culture spécifique dont il a été déterminé qu'elle présentait un risque élevé de CIAS (dans le cas de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS), peut être considérée comme une "caractéristique d'un produit"[251]; et iii) que chaque mesure "énonce" de telles caractéristiques, dont le respect est "obligatoire", en vertu de la teneur et de la nature de la Directive RED II et du Règlement délégué ainsi que de la conséquence découlant de la non–prise en compte aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables (c'est–à–dire que ce biocarburant est en substance exclu du marché des énergies renouvelables de l'UE).

[249] Outre leur désaccord sur la question de savoir si la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des "règlements techniques" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si la certification relative au faible risque de CIAS constitue, ou inclut, une "procédure d'évaluation de la conformité" au sens de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC. Il s'agit toutefois d'une question liminaire distincte qui est spécifique aux allégations au titre de l'article 5 de l'Accord OTC et que le Groupe spécial examinera dans la section de son rapport concernant l'applicabilité de l'article 5. Ces deux questions liminaires distinctes éclaireraient à leur tour l'applicabilité des allégations au titre de l'article 12 de l'Accord OTC, qui concernent le traitement spécial et différencié des pays en développement Membres dans l'élaboration et l'application des *règlements techniques et des procédures d'évaluation de la conformité*.

[250] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 489 à 521; deuxième communication écrite, paragraphes 20 à 28; réponses à la deuxième série de questions du Groupe spécial, paragraphes 43 à 48; et observations sur les réponses de l'Union européenne à la deuxième série de questions du Groupe spécial, paragraphes 151 à 153.

[251] La Malaisie fait valoir à titre subsidiaire que si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS n'énonce pas les "caractéristiques d'un produit" parce qu'elle ne s'applique pas simplement sur la base de la composition des biocarburants concernés mais plutôt sur la base de critères relatifs à la manière dont ces intrants ont été produits, c'est-à-dire d'une manière présentant un risque élevé de CIAS, elle énonce des "procédés et méthodes de production s'y rapportant" au sens de l'Annexe 1.1. (Malaisie, première communication écrite, paragraphes 504 à 506)

7.80. L'Union européenne affirme[252] que ni son régime applicable aux biocarburants ni les "mesures" spécifiques indiquées par la Malaisie, à savoir la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, ne sont des règlements techniques. Elle ne conteste pas, aux fins de la définition donnée à l'Annexe 1.1, que l'article 26 de la Directive RED II et le Règlement délégué sont des "documents", ni que la composition d'un produit peut, en principe, constituer une "caractéristique d'un produit". Cependant, elle conteste l'approche suivie par la Malaisie pour évaluer les éléments de la définition donnée à l'Annexe 1.1 par rapport aux mesures en cause: i) en rejetant la façon dont celle–ci définit le "groupe de produits identifiable" auquel les mesures s'appliquent; ii) en faisant valoir que les mesures en cause ne sont pas qualifiées à juste titre de mesures réglementant la "composition du biocarburant" (la "caractéristique du produit" pertinente identifiée par la Malaisie), et en notant que la seule différenciation dans les "mesures" en cause dans la présente procédure concerne "l'impact environnemental de son processus de production (y compris de la matière première utilisée pour sa production) et non de quelconques caractéristiques du produit en tant que telles"[253]; iii) en faisant valoir que les mesures n'"énoncent" aucune caractéristique du produit; et iv) en faisant valoir que le respect n'est pas "obligatoire".

7.81. Outre ces points, l'Union européenne fait également valoir que la Malaisie "n'a indiqué de manière sélective que quelques unes des dispositions constituant le régime de l'UE applicable aux biocarburants, en dépit du fait que ces dispositions fonctionnent conjointement les unes avec les autres et pourraient uniquement être évaluées comme un tout composite"; que cette "approche fondée sur des définitions est très artificielle"; et que "[c]onformément à la jurisprudence, une évaluation objective de la question de savoir si les "mesures" indiquées par la Malaisie sont des "règlements techniques" (et entrent donc dans le champ d'application de l'Accord OTC) exige une évaluation de tous les éléments constitutifs du régime de l'UE applicable aux biocarburants."[254] Le Groupe spécial rappelle qu'il a déjà examiné cet argument dans la section précédente de son rapport car il soulève une question plus générale concernant son mandat ainsi que le champ et la définition des mesures en cause dans le présent différend.

#### 7.1.2.1.2 Critère juridique

7.82. Les obligations énoncées à l'article 2 s'appliquent aux mesures qui constituent des "règlements techniques" émanant d'institutions du gouvernement central.[255] L'article 1.2 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

[252] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 511 à 598; deuxième communication écrite, paragraphes 50 à 59; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 409 à 421; et observations sur les réponses de la Malaisie aux questions du Groupe spécial, paragraphes 133 à 181.

[253] L'Union européenne rejette l'argument subsidiaire de la Malaisie selon lequel la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS énonce des "procédés et méthodes de production s'y rapportant" car, pour entrer dans le champ d'application de l'Annexe 1.1, ces procédés et méthodes de production devraient "se rapporter" aux "caractéristiques du produit". (Union européenne, première communication écrite, paragraphes 581 à 589)

[254] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 512 et 513.

[255] L'Annexe 1.6 de l'Accord OTC définit une "institution du gouvernement central" comme "[l]e gouvernement central, ses ministères ou ses services et tout autre organisme soumis au contrôle du gouvernement central pour ce qui est de l'activité dont il est question". Elle est également accompagnée d'une *note explicative* qui précise ce qui suit:

Dans le cas des Communautés européennes, les dispositions régissant les institutions des gouvernements centraux sont applicables. Toutefois, des organismes ou systèmes d'évaluation de la conformité régionaux pourront être établis dans les Communautés européennes, auquel cas ils seront assujettis aux dispositions du présent accord relatives aux organismes ou aux systèmes d'évaluation de la conformité régionaux.

L'article 3 de l'Accord OTC couvre les règlements techniques émanant d'"institutions publiques locales" et ceux qui émanent d'"organismes non gouvernementaux". Dans le présent différend, il n'a pas été allégué que les mesures étaient également incompatibles avec l'article 3.

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.

7.83. La définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1 a été interprétée et appliquée dans un certain nombre d'affaires antérieures, et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.84. La question de savoir si une mesure constitue un règlement technique conformément à la première phrase de l'Annexe 1.1 dépend du point de savoir s'il s'agit d'un "document"[256] qui satisfait à ce qui a été décrit comme un "critère à trois niveaux"[257]:

a. la mesure s'applique à un produit ou groupe de produits identifiable;

b. elle énonce une ou plusieurs caractéristiques du produit ou les procédés et méthodes de production (PMP) s'y rapportant, y compris les dispositions administratives applicables;

c. dont le respect est obligatoire.

7.85. Ces éléments sont cumulatifs[258] et, par conséquent, il doit être satisfait à chacun d'entre eux pour qu'une mesure constitue un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'Annexe 1.1 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.2.1.3 "[G]roupe de produits identifiable"

7.86. Le premier élément du critère est la question de savoir si la mesure en cause s'applique à un "groupe de produits identifiable".

7.87. Pour qu'une mesure énonce les caractéristiques d'un produit (ou les PMP s'y rapportant), elle doit s'appliquer à un "produit, ou groupe de produits, identifiable".[259] Même s'il n'est pas nécessaire que le produit ou les produits en cause soient expressément nommés ou identifiés dans le document constituant le règlement technique, ceux–ci devraient au moins être *identifiables*.[260] Un produit

[256] Les parties conviennent que l'article 26 de la Directive RED II et le Règlement délégué sont des "documents" aux fins de l'Annexe 1.1. Union européenne, première communication écrite, paragraphes 500 et 501. À la lumière du critère juridique applicable, le Groupe spécial ne voit aucune raison de ne pas être de cet avis. Le sens ordinaire du terme "document" (document) est défini de manière large comme signifiant "something written, inscribed, etc., which furnishes evidence or information upon any subject" (quelque chose d'écrit, d'inscrit, etc., qui donne des éléments de preuve ou renseignements concernant toute question). De ce fait, le terme englobe "un large éventail d'instruments ou s'applique[] à diverses mesures". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 185. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, note de bas de page 708; et les rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.291 à 7.298 (examinant l'Annexe 1.1 dans le cadre de l'interprétation approfondie de ce même terme "document" tel qu'il est utilisé dans la définition de la "norme" donnée à l'Annexe 1.2).)

[257] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.85 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 176, qui fait référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 66 à 70; et aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*; *États-Unis – Thon II (Mexique)*; et *États-Unis – EPO*); et *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.110.

[258] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 66 à 75 (évaluant, de façon séquentielle et cumulative, la mesure en cause au regard des éléments composant la définition d'un "règlement technique" figurant à l'Annexe 1.1); et *CE – Sardines*, paragraphe 176 (rappelant son rapport antérieur dans l'affaire *CE – Amiante* et décomposant le texte de l'Annexe 1.1 en "trois critères" à chacun desquels un document "doit satisfaire" pour répondre à la définition d'un "règlement technique").

[259] Si un règlement technique n'était pas applicable à au moins un produit, ou groupe de produits, *identifiable*, l'"application du règlement ser[ait] impossible sur le plan pratique." (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70) Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 185.

[260] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 176, 182 et 183 (faisant référence au rapport de l'Organe *CE – Amiante*, paragraphes 66 à 70).

pourrait être identifiable, par exemple, au moyen de la "caractéristique" même qui fait l'objet du règlement.[261]

7.88. La Malaisie fait valoir que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent à deux groupes identifiables et différents de produits: comme indiqué à l'article 26.1 de la Directive RED II, la part maximale de 7% s'applique aux "biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale"; et comme prévu à l'article 26.2, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent au "biocarburant dérivé du palmier à huile présentant un risque élevé de CIAS".[262] Elle ajoute qu'il n'est pas pertinent que le "régime de l'UE applicable aux biocarburants" puisse se rapporter à un groupe de produits plus large et moins clairement identifiable.[263]

7.89. L'Union européenne conteste l'approche suivie par la Malaisie pour définir le "groupe de produits identifiable" auquel les mesures s'appliquent. Spécifiquement, elle fait valoir que la Malaisie n'a pas clairement indiqué comment elle définit le "groupe de produits identifiable" pertinent et, en tout état de cause, n'a pas démontré que le "groupe de produits identifiable" pertinent pouvait être défini comme étant aussi étroit que les "*biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale*" ou les "biocarburants dérivés du palmier à huile présentant un risque élevé de CIAS".[264] Elle ne conteste pas que l'article 26 de la Directive RED II et le Règlement délégué font référence aux biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale[265], mais fait valoir que les "mesures" en cause font partie d'un régime applicable aux "biocarburants avancés"[266], et de fait à "tous les biocarburants, bioliquides et biogaz utilisés dans le secteur des transports"[267], et que l'évaluation des "mesures" doit être effectuée dans ce contexte plus large.

7.90. Le Groupe spécial note tout d'abord que, même si les parties identifient des groupes différents de produits en tant que produits identifiables pertinents auxquels la mesure s'applique aux fins de la présente analyse, l'Union européenne en fait n'indique pas que les mesures ne s'appliquent pas à un groupe de produits identifiable. Ce qui est controversé, c'est la définition plus ou moins *large* ou *étroite* qui devrait être donnée du groupe de produits pertinent aux fins de la détermination du point de savoir si les mesures en cause sont des règlements techniques.

7.91. Le Groupe spécial comprend que l'Union européenne fait valoir que le groupe de produits pertinent aux fins de l'analyse englobe les "biocarburants avancés", en plus des "biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale" (ou même plus étroitement le "biocarburant dérivé du palmier à huile présentant un risque élevé de CIAS"), et que l'évaluation du Groupe spécial doit être effectuée "dans le contexte plus large" de l'appartenance de la mesure en cause à un régime qui s'applique à "tous les biocarburants, bioliquides et biogaz utilisés dans le secteur des transports". Selon lui, ces arguments donnent à penser que l'Union européenne considère que le groupe de produits pertinent correspond à la catégorie plus large des "biocarburants, bioliquides et biogaz utilisés dans le secteur des transports", dont font partie les "biocarburants avancés" et le groupe des "biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale" (ou même plus étroitement le "biocarburant dérivé du palmier à huile présentant un risque élevé de CIAS") identifié par la Malaisie.

7.92. Le Groupe spécial rappelle que la Directive RED II définit un cadre commun pour la promotion de la production d'"énergie à partir de sources renouvelables". Dans ce cadre commun, la Directive RED II établit des règles concernant l'utilisation d'énergie produite à partir de sources

[261] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70 ("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." (mise en relief dans l'original)

[262] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 494. Au paragraphe 494, la Malaisie fait tour à tour référence aux "biocarburants dérivés du palmier à huile", aux "biocarburants présentant un risque élevé de CIAS" et aux "biocarburants dérivés du palmier à huile présentant un risque élevé de CIAS".

[263] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 495.

[264] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 518.

[265] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 519.

[266] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 520.

[267] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 526.

renouvelables dans le secteur des transports.[268] L'article 26, quant à lui, s'intitule "Règles spécifiques applicables aux biocarburants, aux bioliquides et aux combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale". Le texte de l'article 26.1 fait également référence aux "biocarburants … produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale", et celui de l'article 26.2 fait référence aux "biocarburants … produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone". Le Règlement délégué donne des précisions sur des aspects particuliers relatifs aux biocarburants visés par l'article 26, à savoir les "biocarburants … produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale". La part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont donc prévues par une disposition, l'article 26 de la Directive RED II, qui selon ses propres termes contient des "Règles spécifiques applicables aux *biocarburants, aux bioliquides et aux combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale*".[269]

7.93. Le Groupe spécial considère que, même s'il peut y avoir plus d'une façon d'identifier le groupe de produits auquel la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent[270], il est clair que les deux mesures s'appliquent aux "biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale". Par conséquent, il constate que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent toutes deux à un groupe de produits identifiable.

#### 7.1.2.1.4 "[É]nonce les caractéristiques d'un produit"

7.94. Le Groupe spécial examine à présent le deuxième élément du critère, c'est–à–dire la question de savoir si les mesures "énonce[nt] les caractéristiques d'un produit".

7.95. La première question dont est saisi le Groupe spécial est celle de savoir si la "composition d'un biocarburant" – et plus spécifiquement la qualité de biocarburant produit "à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale" (dans le cas de la part maximale de 7%) ou d'une culture spécifique destinée à l'alimentation humaine ou animale dont il a été déterminé qu'elle présentait un risque élevé de CIAS (dans le cas de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS) – peut être considérée comme une "caractéristique d'un produit" au sens de l'Annexe 1.1. Après avoir exposé plusieurs observations générales, le Groupe spécial examinera d'abord la part maximale de 7% avant d'examiner la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

7.96. Comme l'a indiqué l'Organe d'appel, "[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"."[271] L'expression "caractéristiques d'un produit" a été interprétée comme couvrant "les particularités, qualités, attributs, ou autre marque distinctive objectivement définissables" qui peuvent concerner "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".[272]

7.97. Le Groupe spécial considère donc que la qualité d'un produit donné (par exemple, un biocarburant) qui est (ou non) produit à partir d'une matière première ou d'un intrant spécifique

---

[268] Article premier de la Directive RED II.

[269] Pas de mise en relief dans l'original.

[270] Comme le montrent les arguments de la Malaisie, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS introduit une autre distinction au sein du groupe des "biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale", à savoir entre les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale "dont la zone de production gagne nettement sur des terres présentant un important stock de carbone" (et, par implication, les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale pour lesquels une telle expansion nette n'est pas observée). De ce point de vue, un groupe de produits défini de façon plus étroite pourrait être identifié aux fins de l'article 26.2. Cependant, et partant du principe que les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale sont un sous-ensemble du groupe plus large des produits "biocarburants" (qui, comme l'indique l'Union européenne, inclut également les "biocarburants avancés"), le Groupe spécial estime qu'il ne serait pas non plus inexact d'identifier les "biocarburants" d'une manière plus générale en tant que groupe de produits identifiables auxquels la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent.

[271] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67. (mise en relief dans l'original)

[272] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 67.

relèverait en principe de la catégorie générale des "caractéristiques d'un produit". Les matières premières et intrants utilisés pour produire un produit "définissent objectivement" les particularités, qualités et attributs du produit d'une manière qui permet de le distinguer.

7.98. Le Groupe spécial note que cette interprétation est compatible avec l'approche suivie dans l'affaire *CE – Sardines*. Dans cette affaire, il a été constaté que la mesure était un règlement technique et qu'une "caractéristique du produit" prescrite était que les "sardines en conserve [devaient] être préparées exclusivement à partir de poissons de l'espèce *Sardina pilchardus*".[273] Ce groupe spécial a considéré que la prescription concernant l'utilisation exclusive de *Sardina pilchardus* était une caractéristique du produit puisqu'elle "défini[issait] objectivement les particularités et qualités" que devaient avoir les sardines en conserve pour être commercialisées en tant que conserves de sardines et … recevoir la dénomination de vente visée à l'article 7 du Règlement CE.[274] L'Organe d'appel a souscrit à la constatation de ce groupe spécial selon laquelle il s'agissait de ""particularités", "qualités", "attributs" … objectivement définissables" du produit.[275]

7.99. Dans la section précédente, le Groupe spécial a déjà conclu que, même s'il pouvait y avoir plus d'une façon d'identifier le "groupe de produits" auquel la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquaient, il était clair que les deux mesures s'appliquaient aux "biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale". Lors de son examen de cette question, il a noté que l'article 26 s'intitulait "Règles spécifiques applicables aux biocarburants, aux bioliquides et aux combustibles issus de la biomasse produits *à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale*". Par conséquent, l'article 26 identifie les produits auxquels la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent par référence au type de matières premières à partir desquelles ils ont été obtenus.[276]

7.100. En ce qui concerne la part maximale de 7%, le texte de l'article 26.1 fait référence aux "biocarburants … produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale" sans aucune restriction. Ainsi, l'article 26.1 identifie les biocarburants uniquement par référence à ce à partir de quoi ils sont produits (à savoir les "cultures destinées à l'alimentation humaine et animale"). La qualité de biocarburant produit à partir de "cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale" relèverait en principe de la catégorie générale des "caractéristiques d'un produit", puisqu'elle se rapporte clairement à des particularités, qualités ou attributs objectivement définissables du produit d'une manière qui permet de le distinguer d'autres produits, tels que les biocarburants avancés ou les combustibles fossiles. En ce qui concerne la part maximale de 7%, le Groupe spécial ne considère pas que l'Union européenne fasse valoir le contraire.

7.101. En ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le texte de l'article 26.2 fait plus spécifiquement référence aux "biocarburants … produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale *dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone*".[277] Le texte de l'article 26.2 lui–même ne précise pas les cultures destinées à l'alimentation humaine et animale qui sont considérées comme telles, puisque cette détermination est fondée sur les critères énoncés à l'article 3 du Règlement délégué et dans l'annexe qui s'y rapporte.

7.102. De par ses termes, l'article 26.2 n'identifie pas les biocarburants uniquement par référence à ce à partir de quoi ils sont produits (à savoir les "cultures destinées à l'alimentation humaine et animale"); il identifie également le groupe de produits auquel il s'applique par référence à leur *niveau relatif de risque de CIAS*. La mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS énoncée à l'article 26.2 fait en outre l'objet d'une exemption pour les lots individuels de tout biocarburant produit à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale dont il a été

[273] Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.27; rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 190.

[274] Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.27.

[275] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 189 et 190.

[276] Le Groupe spécial rappelle que "les cultures destinées à l'alimentation humaine et animale" sont définies à l'article 2 40) de la Directive RED II comme étant "les plantes riches en amidon, les plantes sucrières ou les plantes oléagineuses, produites sur des terres agricoles à titre de culture principale, à l'exclusion des résidus, des déchets ou des matières ligno-cellulosiques et les cultures intermédiaires telles que les cultures dérobées et les cultures de couverture, pour autant que l'utilisation de ces cultures intermédiaires ne crée pas une demande de terres supplémentaires".

[277] Pas de mise en relief dans l'original.

déterminé qu'il présentait un risque élevé de CIAS, dans la mesure où ces lots sont certifiés comme satisfaisant aux critères relatifs au *faible* risque de CIAS. Ainsi, contrairement à la part maximale de 7% prévue à l'article 26.1, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS prévue à l'article 26.2, ainsi que l'exemption dont elle est assortie pour les lots individuels satisfaisant aux critères de faible risque de CIAS, n'identifie pas les biocarburants uniquement par référence à ce à partir de quoi ils sont produits (à savoir les "cultures destinées à l'alimentation humaine et animale"). En fait, l'article 26.2 identifie expressément les biocarburants par référence à leur niveau relatif de risque de CIAS. C'est une particularité de l'article 26.2 qui ne peut pas être ignorée dans le contexte de la qualification des mesures en cause au titre de l'Annexe 1.1.

7.103. Selon le Groupe spécial cependant, il n'en reste pas moins que l'article 26.2 identifie les produits auxquels la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'applique par référence au type des matières premières à partir desquelles ils ont été obtenus, à savoir *toute culture spécifique destinée à l'alimentation humaine ou animale dont il a été déterminé qu'elle présentait un risque élevé de CIAS*. Comme cela a déjà été souligné plus haut, le Groupe spécial considère que la qualité de biocarburant qui est (ou non) produit à partir d'une matière première ou d'un intrant spécifique relèverait en principe de la catégorie générale des "caractéristiques d'un produit", indépendamment de la question de savoir si les matières premières ou intrants sont généralement identifiés comme des "cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale" (dans le cas de l'article 26.1) ou plus spécifiquement comme des "cultures destinées à l'alimentation humaine et animale dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone" (dans le cas de l'article 26.2).

7.104. L'Union européenne a raison de dire que l'article 3 du Règlement délégué, qui établit les critères servant à déterminer les matières premières à risque élevé de CIAS, vise des aspects liés aux incidences observées de la production de cultures spécifiques destinées à l'alimentation humaine et animale.[278] En outre, le Groupe spécial pense comme l'Union européenne que ces critères, en eux–mêmes et à eux seuls, ne se rapportent à aucune caractéristique intrinsèque ou extrinsèque des biocarburants produits à partir de matières premières.[279] Il note cependant que ce ne sont pas les critères servant à déterminer les cultures à risque élevé de CIAS qui, selon lui, constituent la caractéristique pertinente du produit dans ce contexte. Les critères inclus dans la formule relative au risque élevé de CIAS figurant à l'article 3, ainsi que dans l'annexe du Règlement délégué, servent à désigner une culture dans son intégralité comme étant une culture à partir de laquelle un biocarburant ne peut pas être produit sans que la possibilité pour lui d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables ne soit limitée par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Cela constitue une étape intermédiaire de la détermination, qui aboutit en fin de compte à la désignation de chaque culture comme étant ou n'étant pas à "risque élevé de CIAS". Cette détermination commande à son tour les biocarburants qui sont à "risque élevé de CIAS", sur la base de la culture à partir de laquelle ils ont été produits (c'est–à–dire leurs matières premières). La qualité d'être produit à partir d'une culture spécifique est donc la caractéristique du produit qui commande en fin de compte l'application de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS à un groupe de biocarburants particulier.

7.105. Le Groupe spécial observe que la possibilité de certifier des lots individuels d'un biocarburant produits à partir d'une récolte particulière d'une culture comme étant à faible risque de CIAS ne modifie pas la caractéristique du biocarburant consistant à être produit à partir d'une culture à risque élevé de CIAS: tous les lots d'un biocarburant certifiés comme étant à "faible risque de CIAS" sont quand même produits à partir d'une culture classée comme étant à risque élevé de CIAS. La possibilité de certification ne modifie donc en rien la qualification de l'intégralité de la culture à partir de laquelle le biocarburant est obtenu (uniquement l'huile de palme actuellement) comme étant à risque élevé de CIAS. Cela permet seulement à certains lots de biocarburants à risque élevé de CIAS, qui sont produits à partir d'une récolte supplémentaire obtenue conformément aux critères énoncés aux articles 4 et 5 du Règlement délégué, de pouvoir être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables dans la même mesure que celle qui est autorisée pour d'autres biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale.

[278] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 559.
[279] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 559.

7.106. En tout état de cause, le Groupe spécial considère que, bien que la certification relative au faible risque de CIAS constitue une partie importante du contexte dont il faut tenir compte pour qualifier les mesures en cause aux fins de la détermination de l'applicabilité de l'Accord OTC, l'exemption limitée pour la certification relative au faible risque de CIAS ne modifie tout simplement pas le "centre de gravité"[280] des mesures aux fins de leur qualification au regard de l'Accord OTC. Seule une partie limitée du biocarburant produit à partir d'un biocarburant à risque élevé de CIAS pourra remplir les conditions requises pour bénéficier d'une certification relative au faible risque de CIAS. Par hypothèse, il a été déterminé que les biocarburants "à risque élevé de CIAS", en tant que groupe, présentaient un risque élevé de CIAS, et la certification relative au faible risque de CIAS ne peut être obtenue que lot par lot s'il peut être démontré que le biocarburant spécifique en cause ne comporte pas le même niveau de risque que celui qui caractérise l'ensemble du groupe des biocarburants classés comme étant à "risque élevé de CIAS". Abstraction faite du désaccord entre les parties sur la question de savoir si la certification relative au faible risque de CIAS est même possible, l'existence de cette exemption limitée ne modifie pas ce qui, selon le Groupe spécial, constitue les particularités essentielles de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

7.107. Le Groupe spécial conclut donc que la qualité de biocarburant produit (ou non) à partir de "cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale" (dans le cas de l'article 26.1), ou plus spécifiquement de "cultures destinées à l'alimentation humaine et animale dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone" (dans le cas de l'article 26.2), peut être considérée comme une "caractéristique d'un produit" au sens de l'Annexe 1.1. En d'autres termes, et du moins dans cette mesure, on peut dire que les mesures en cause se rapportent à la "composition des biocarburants", comme le fait valoir la Malaisie.

7.108. Le Groupe spécial rappelle que la Malaisie fait valoir à titre subsidiaire que si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS n'énonce pas les "caractéristiques d'un produit" parce qu'elle ne s'applique pas simplement sur la base de la composition des biocarburants concernés mais plutôt sur la base de critères relatifs à la manière dont ces intrants ont été produits, c'est-à-dire d'une manière présentant un risque élevé de CIAS, elle énonce des "procédés et méthodes de production s'y rapportant" au sens de l'Annexe 1.1.[281] L'Union européenne rejette l'argument subsidiaire de la Malaisie selon lequel la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS énonce des "procédés et méthodes de production s'y rapportant" au sens de l'Annexe 1.1 car pour entrer dans le champ d'application de l'Annexe 1.1, ces procédés et méthodes de production devraient tout de même "se rapporter" aux "caractéristiques du produit".[282] Ayant constaté que l'article 26.1 et 26.2 identifiait les "caractéristiques d'un produit", le Groupe spécial estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument subsidiaire de la Malaisie selon lequel les mesures identifient les "procédés et méthodes de production s'y rapportant" au sens de l'Annexe 1.1.

7.109. Le Groupe spécial examine à présent le deuxième volet de l'élément considéré, c'est–à–dire la question de savoir si la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS "énonce[nt]", au sens de l'Annexe 1.1, la caractéristique d'un produit identifiée. Il rappelle que l'Union européenne affirme que l'article 26 de la Directive RED II ne "prévoit" pas ni ne "stipule" la "composition des produits auxquels elles s'appliquent", que ce soit de manière positive ou négative.[283]

[280] Dans l'affaire *Chine – Pièces automobiles*, l'Organe d'appel a examiné la question spécifique de savoir si une imposition donnée entrait dans le champ d'application de l'article II:1 b) ou de l'article III:2 du GATT de 1994 mais, ce faisant, a donné des indications d'une nature plus générale. Il a observé que, dans certains cas, il s'agirait d'un exercice simple mais que dans d'autres, "la situation ser[ait] plus ambiguë" et le problème qui se poserait au groupe spécial plus complexe. Dans ces circonstances, un groupe spécial devrait chercher à identifier "les aspects importants ou centraux de la mesure en cause, ceux qui définissent son "centre de gravité" afin de qualifier" la mesure. (Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 171)

[281] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 504 à 506.

[282] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 581 à 589. Dans ce contexte, l'Union européenne réaffirme que les mesures ne prescrivent aucune "caractéristique du produit" pour les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation animale ou humaine, et ne prescrivent la "composition" d'aucun carburant ni la manière dont ces biocarburants ou les matières premières doivent être produits pour être mis sur le marché de l'UE.

[283] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 548.

7.110. Le verbe "lay down" (énoncer) est défini comme signifiant "establish, formulate definitely (a principle, a rule); prescribe (a course of action, limits, etc.)" (établir, formuler catégoriquement (un principe, une règle); prescrire (une ligne d'action, des limites, etc.)).[284] En conséquence, le verbe "énonce", tel qu'il est utilisé à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC, signifie "établir" ou "prescrire" certaines caractéristiques d'un produit (ou les procédés ou méthodes de production s'y rapportant). Les caractéristiques d'un produit pertinentes pourraient être prescrites 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".[285]

7.111. Le Groupe spécial note tout d'abord que, de par ses propres termes, la Directive RED II "*établit ... des règles* concernant … l'utilisation d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans le secteur … des transports", aux fins de la réalisation des objectifs de consommation d'énergies renouvelables fixés à l'échelle de l'UE.[286] La part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS figurent parmi les règles que la Directive RED II, selon ses propres termes, "établit". Spécifiquement, ces mesures sont exposées à l'article 26 de la Directive RED II, dont l'intitulé est, comme cela a déjà été souligné, "*Règles spécifiques* applicables aux biocarburants, aux bioliquides et aux combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale". Par conséquent, l'article 26.1 et l'article 26.2 font partie intégrante, et sont des éléments essentiels, des règles de calcul qui définissent les conditions auxquelles différents types de sources d'énergie utilisés dans le secteur des transports peuvent être comptabilisés en tant qu'énergies renouvelables aux fins de la réalisation des objectifs de la Directive RED II.

7.112. En ce qui concerne la part maximale de 7%, sa particularité et sa fonction essentielles dans ce cadre plus large sont de définir et de limiter la contribution que les biocarburants produits à partir de "cultures destinées à l'alimentation humaine et animale" peuvent apporter à la réalisation de ces objectifs de consommation. L'article 26.1 identifie les produits auxquels cette prescription s'applique par référence à une caractéristique définissant les produits, à savoir être produits à partir de certains types de matières premières, c'est–à–dire les "cultures destinées à l'alimentation humaine et animale". C'est la présence de cette caractéristique qui détermine l'applicabilité de la prescription en cause. Considérée dans son ensemble et dans le contexte d'autres dispositions de la Directive RED II, la part maximale de 7% limite spécifiquement la possibilité pour des types spécifiques de biocarburants d'être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables énoncés dans la Directive RED II. Ainsi, la part maximale de 7% définit et prescrit effectivement l'une des caractéristiques requises des biocarburants aux fins de la réalisation des objectifs de consommation énoncés dans la Directive RED II.

7.113. En ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, sa particularité et sa fonction essentielles dans ce cadre plus large (à savoir les règles de calcul qui définissent les conditions auxquelles différents types de sources d'énergie utilisés dans le secteur des transports pourront être comptabilisés en tant qu'énergies renouvelables, aux fins de la réalisation des objectifs énoncés dans la Directive RED II), sont de limiter et d'éliminer progressivement la possibilité pour des biocarburants produits à partir de matières premières à risque élevé de CIAS d'être comptabilisés aux fins de la réalisation de ces objectifs. Ainsi, comme dans le cas de l'article 26.1, l'article 26.2 identifie les produits auxquels cette prescription s'applique par référence à une caractéristique définissant les produits, à savoir être produits à partir de "cultures destinées à l'alimentation humaine et animale dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone". C'est la présence de cette caractéristique qui détermine l'applicabilité de la prescription en cause. Lorsqu'il est déterminé qu'un biocarburant est produit à partir de "cultures destinées à l'alimentation humaine et animale dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone", cette détermination est faite à l'égard du produit en général (par opposition aux lots individuels) et devient donc une caractéristique très concrète des produits (fondée spécifiquement sur la matière première utilisée pour produire le produit.) Considérée dans son ensemble et dans le contexte d'autres dispositions de la Directive RED II, la part maximale de 7% limite spécifiquement la possibilité pour

[284] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.10 (faisant référence à Shorter Oxford English Dictionary, 6ème éd., A. Stevenson (éd.) (Oxford University Press, 2007), volume 1, page 1562); et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 185.

[285] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 69.

[286] Article 1er de la Directive RED II. (pas de mise en relief dans l'original)

des types spécifiques de biocarburants d'être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables énoncés dans la Directive RED II. Ainsi, la part maximale de 7% définit et prescrit effectivement l'une des caractéristiques requises des biocarburants aux fins de la réalisation des objectifs de consommation énoncés dans la Directive RED II.

7.114. L'Union européenne affirme que la possibilité pour un biocarburant de contribuer aux objectifs de consommation d'énergies renouvelables prévus par la Directive RED II dépend d'un certain nombre de facteurs, y compris le respect des critères de durabilité et de réduction des émissions de GES, et n'est donc pas déterminée "uniquement" par référence à la matière première utilisée pour obtenir un produit.[287] Le Groupe spécial n'est pas convaincu par cet argument. Le fait qu'il existe, dans la présente procédure, d'autres conditions non contestées qui définissent également la possibilité pour les biocarburants de contribuer aux objectifs de consommation d'énergies renouvelables énoncés dans la Directive RED II n'occulte pas les prescriptions spécifiques prévues dans le cadre de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS qui sont en cause.

7.115. Dans le contexte de l'argument selon lequel les mesures n'"énoncent" aucune caractéristique d'un produit, l'Union européenne affirme que si le Groupe spécial devait accepter la logique de la Malaisie, le champ de la définition d'un "règlement technique" au titre de l'Accord OTC serait considérablement élargi. Par conséquent, tout "document" identifiant des produits par référence aux matières premières à partir desquelles ils sont produits et établissant certains effets juridiques découlant de cette identification constituerait un "règlement technique" parce que cette référence à elle seule serait jugée équivalente à une "réglementation" de la "composition" du produit. Elle considère que, selon cette logique, toute liste OMC d'un Membre, qui distingue communément des centaines de produits sur la base de leurs matières premières et institue des taux de droits d'importation différents, constituerait "un conglomérat de règlements techniques".[288]

7.116. Le Groupe spécial n'est pas convaincu de la pertinence de la comparaison faite par l'Union européenne avec les listes OMC. La conception et le fonctionnement de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS diffèrent notablement du cas hypothétique avancé par l'Union européenne dans lequel un taux de droit est attribué à un produit sur la base de la matière première qui lui sert d'intrant. La référence faite à l'article 26.1 et 26.2 de la Directive RED II au type de matières premières à partir desquelles le biocarburant est produit définit les caractéristiques d'un produit qui déterminent si et dans quelle mesure un biocarburant peut ou ne peut pas être comptabilisé par les États membres de l'UE aux fins de la réalisation des objectifs de consommation énoncés dans la Directive RED II. Ce faisant, elle réglemente effectivement les caractéristiques d'un produit que les biocarburants doivent posséder pour être considérés comme des énergies renouvelables sur le marché de l'UE (et, de ce fait, la possibilité pour eux d'être comptabilisés comme contribuant à l'objectif sectoriel obligatoire dans le secteur des transports et à l'objectif global en matière de consommation d'énergies renouvelables). Les listes OMC des Membres, en revanche, n'"énoncent" (c'est–à–dire ne prescrivent) pas les caractéristiques d'un produit au sens de l'Annexe 1.1. Les listes OMC des Membres présentent, entre autres choses, les droits de douane qui s'appliquent exclusivement aux produits importés, par opposition aux règlements techniques qui prescrivent les caractéristiques d'un produit s'appliquant de la même manière aux produits importés et aux produits nationaux. Selon le Groupe spécial, accepter l'argument de l'Union européenne reviendrait à ne pas tenir compte d'aspects essentiels de la conception de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, ni de la façon dont elles fonctionnent dans leur contexte réglementaire donné.

7.117. Le Groupe spécial note que le fait que les mesures identifient le produit en cause au moyen des caractéristiques mêmes du produit qui font l'objet des prescriptions en cause ne signifie pas qu'elles ne peuvent pas constituer un règlement technique. Comme l'a observé l'Organe d'appel, le produit pourrait être identifiable au moyen de la "caractéristique" même qui fait l'objet du règlement.[289] La question de savoir si la mesure spécifique en cause est ou n'est pas un règlement

[287] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 553.
[288] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 567.
[289] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 70: "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." (*Ibid.*) (mise en relief dans l'original)

technique doit être déterminée sur la base des particularités essentielles de la mesure considérée dans son ensemble.[290]

7.118. Le Groupe spécial conclut que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS "énoncent" les caractéristiques d'un produit au sens de l'Annexe 1.1.

#### 7.1.2.1.5 "[D]ont le respect est obligatoire"

7.119. Le Groupe spécial examine à présent le troisième élément du critère, qui concerne l'expression "dont le respect est obligatoire" figurant à l'Annexe 1.1.

7.120. L'Annexe 1.1 indique clairement que le "respect" des caractéristiques d'un produit (ou des PMP s'y rapportant) doit être "obligatoire" pour que la mesure soit un règlement technique. En revanche, une "norme", telle qu'elle est définie à l'Annexe 1.2, est un document "approuvé par un organisme reconnu, 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*".[291] La prescription selon laquelle le respect doit être obligatoire signifie que le document en cause doit "prescrire des règles" "d'une manière contraignante ou obligatoire".[292] Dans l'affaire *CE – Sardines*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont considéré que la mesure énonçait les caractéristiques d'un produit d'une manière obligatoire, parce que les prescriptions pertinentes figuraient dans des dispositions qui étaient "obligatoire[s] dans tous [leurs] éléments et directement applicable[s] dans tout État membre".[293]

7.121. L'Union européenne estime que, comme ces dispositions sont des mesures qui ont été adoptées par l'Union et par la Commission, respectivement, elles doivent être mises en œuvre par les États membres de l'UE, et, dans ce "sens étroit", les dispositions pertinentes sont "obligatoires" pour ses États membres.[294] Elle fait toutefois valoir que l'article 26 de la Directive RED II n'impose aucune obligation directement aux producteurs d'huile de palme et de biocarburant dérivé de l'huile de palme (ni aux producteurs d'autres produits alimentaires ou matières premières et des biocarburants correspondants), et ne fixe pas non plus de prescriptions auxquelles les producteurs d'autres biocarburants et de leurs matières premières doivent satisfaire pour obtenir certains avantages.[295] Elle fait également valoir que la part maximale de 7% est contraignante uniquement dans le sens où elle impose une limite supérieure.[296]

7.122. Le Groupe spécial note tout d'abord qu'il n'est pas contesté que la Directive RED II et le Règlement délégué sont des instruments juridiques contraignants qui créent des droits et des obligations dans le cadre de l'ordre juridique européen. La première phrase de l'article premier de la Directive RED II est ainsi libellée:

> La présente directive définit un cadre commun pour la promotion de la production d'énergie à partir de sources renouvelables. Elle fixe un objectif *contraignant* de l'Union

[290] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 64 ("il n'est pas possible de déterminer le caractère juridique correct de la mesure en cause sans examiner la mesure dans son ensemble.").
[291] Annexe 1.2 de l'Accord OTC. (pas de mise en relief dans l'original) La définition d'une "norme" est également accompagnée d'une note explicative qui indique que les "termes définis dans le Guide ISO/CEI 2 visent les produits, procédés et services. Le présent accord traite seulement des règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité se rapportant à des produits ou à des procédés et à des méthodes de production. D'après la définition donnée dans le Guide ISO/CEI 2, les normes sont des documents dont le respect est obligatoire ou volontaire. Aux 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. Les normes élaborées par la communauté internationale à activité normative sont fondées sur un consensus. Le présent accord vise également des documents qui ne sont pas fondés sur un consensus." (*Note explicative* relative à l'Annexe 1.2 de l'Accord OTC)
[292] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 68.
[293] Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.30; rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 194.
[294] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 591.
[295] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 592.
[296] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 594.

> concernant la part globale de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'Union en 2030.[297]

7.123. L'article 3 de la Directive RED II dispose que les "États membres veillent collectivement à ce que la part d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'Union en 2030 soit d'au moins 32%". Le Groupe spécial note que les États membres de l'UE sont tenus de fixer des contributions nationales afin d'atteindre collectivement cet objectif global contraignant de l'Union.[298] Il est donc clair, d'après les termes de la Directive RED II, que les objectifs de consommation d'énergies renouvelables définis sont contraignants pour les États membres de l'UE.[299]

7.124. En outre, le Groupe spécial rappelle que l'article 25.1 de la Directive RED II établit la prescription selon laquelle les États membres de l'UE imposent aux fournisseurs de carburants l'obligation de faire en sorte qu'une "part minimale" de la consommation totale d'énergie dans le secteur des transports provienne d'énergies renouvelables. Cette disposition, expressément mentionnée à l'article 26.1 et 26.2, indique ce qui suit:

> Afin d'intégrer l'utilisation de l'énergie renouvelable dans le secteur des transports, *chaque État membre impose une obligation aux fournisseurs de carburants* afin de faire en sorte que, d'ici à 2030, la part de l'énergie renouvelable dans la consommation finale d'énergie dans le secteur des transports atteigne au moins 14% (part minimale), conformément à une trajectoire indicative définie par l'État membre en question et calculée conformément à la méthode établie dans le présent article et aux articles 26 et 27.[300]

7.125. La nature obligatoire du libellé figurant à l'article 25.1 indique clairement que, pour calculer les contributions nationales aux objectifs de consommation d'énergies renouvelables, les États membres de l'UE ne peuvent pas déroger à la méthode de calcul indiquée dans la Directive RED II, y compris l'article 26. Chaque État membre de l'UE doit donc respecter les limitations imposées par la part maximale de 7% dans le calcul de sa consommation nationale. L'effet contraignant de la mesure s'étend aux fournisseurs de carburants, que les États membres de l'UE doivent obliger à se conformer à la méthode de calcul, y compris la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, dans le cadre des efforts qu'ils déploient pour atteindre l'objectif de 14% pour 2030.

7.126. Le Groupe spécial note que l'Union européenne reconnaît que les objectifs de consommation globaux énoncés à l'article 3 et la part de 14% des énergies renouvelables dans les transports prévue à l'article 25 de la Directive RED II sont obligatoires pour les États membres de l'UE au moins "au sens étroit" où ils sont prescrits par la loi.[301] En outre, s'agissant de la part maximale de 7%, l'Union européenne reconnaît que l'article 26 de la Directive RED II a pour effet que seuls 7% au maximum des biocarburants conventionnels utilisés par un État membre de l'UE pourraient être comptabilisés par cet État membre comme contribuant à l'objectif sectoriel de 14% pour le secteur des transports et à l'objectif global de 32% pour la consommation d'énergies renouvelables. De même, le Groupe spécial considère que la prescription relative à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS fait partie intégrante des règles de calcul contraignantes qui s'appliquent aux biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale. Il estime que, de ce fait, ces prescriptions, telles qu'elles sont libellées, sont obligatoires, c'est–à–dire qu'elles doivent être respectées par les États membres de l'UE.[302]

---

[297] Pas de mise en relief dans l'original.
[298] Article 3.2 de la Directive RED II.
[299] Article 2 de la Directive RED II.
[300] Pas de mise en relief dans l'original.
[301] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 591.
[302] Le Groupe spécial note que, de par leur nature, ces prescriptions s'adressent aux États membres de l'UE et non directement aux opérateurs du marché. Leur caractère contraignant et les obligations contraignantes qui en découlent concernent donc les États membres de l'UE et non les citoyens de l'UE. L'Union européenne s'appuie sur cette distinction pour dire que l'article 26 de la Directive RED II n'impose aucune obligation "directement" aux producteurs. Le Groupe spécial n'est toutefois pas persuadé que cette considération affecte son évaluation du caractère contraignant des mesures. En fin de compte, les États membres de l'UE devront eux-mêmes mettre en œuvre les prescriptions que leur impose la Directive RED II en

7.127. Le Groupe spécial note l'accent mis par l'Union européenne sur certaines flexibilités accordées à ses États membres pour décider de la manière exacte dont ils mettront en œuvre ces prescriptions. L'Union européenne souligne à cet égard que, lorsqu'ils établissent des obligations pour les fournisseurs de carburants au niveau national, les États membres de l'UE peuvent faire une distinction entre les différents biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, et choisir de promouvoir tous les biocarburants conventionnels ou de n'en promouvoir aucun.[303] Le Groupe spécial comprend que l'article 26.1 de la Directive RED II autorise un État membre de l'UE qui atteint ses objectifs en matière d'énergies renouvelables avec moins de 7% de biocarburants conventionnels à réduire proportionnellement son objectif global pour le secteur des transports; les États membres de l'UE peuvent donc, à titre individuel, fixer une part maximale inférieure s'ils le souhaitent. Le Groupe spécial comprend que les États membres de l'UE jouissent d'une flexibilité semblable pour ce qui est de fixer des parts maximales inférieures pour les biocarburants produits à partir de matières premières à risque élevé de CIAS, dans les limites de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Toutefois, l'existence d'une flexibilité permettant de choisir un niveau de contribution des biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, qui soit *inférieur* à la part *maximale* établie et autorisée au titre de la part maximale de 7%, ainsi qu'un niveau de contribution inférieur des biocarburants produits à partir de matières premières à risque élevé de CIAS dans les limites de la mesure plafond et élimination progressive, ne modifie pas le caractère contraignant des limites *supérieures* définies à l'article 26.1.

7.128. Les conditions imposées par la Directive RED II et le Règlement délégué définissent donc d'une manière contraignante les conditions d'admissibilité de différents types de carburants, y compris les biocarburants, aux fins du respect des objectifs contraignants établis au titre de la Directive RED II. Dans ce cadre, la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS prescrivent d'une manière contraignante les caractéristiques requises des produits biocarburants aux fins de leur contribution aux objectifs de consommation d'énergies renouvelables de l'Union européenne dans le secteur des transports. Par conséquent, même si les États membres de l'UE peuvent définir leur bouquet d'énergies renouvelables à des fins internes, ils ne sont pas libres de déroger à ces prescriptions ou de ne pas en tenir compte pour s'acquitter de leurs obligations au titre de la Directive RED II. En ce sens, le respect des conditions imposées par ces deux mesures en ce qui concerne les matières premières ou les intrants des biocarburants de sorte qu'ils puissent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de consommation d'énergies renouvelables est obligatoire.

7.129. Selon le Groupe spécial, en définissant les caractéristiques requises des biocarburants pour qu'ils satisfassent aux prescriptions de la Directive RED II, l'article 26.1 et 26.2 prescrit "d'une manière contraignante ou obligatoire"[304], les caractéristiques requises des biocarburants [produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale] pour qu'ils puissent contribuer au marché européen des sources d'énergie renouvelables que la Directive RED II définit.

7.130. Le Groupe spécial note que, comme l'observe l'Union européenne, ni l'article 26 de la Directive RED II ni le Règlement délégué n'imposent de règles sur la composition spécifique des biocarburants afin qu'ils puissent être vendus sur le marché de l'UE. D'ailleurs, il n'y a pas de désaccord sur le fait que des biocarburants conventionnels qui ne peuvent pas contribuer aux objectifs de la Directive RED II peuvent néanmoins être vendus légalement sur le marché de l'UE. Le Groupe spécial n'est toutefois pas convaincu que cela implique que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS n'énoncent pas les caractéristiques d'un produit dont le respect est "obligatoire" au sens de l'Annexe 1.1. Comme il l'explique plus loin[305], l'intégralité du marché des biocarburants conventionnels de l'UE est essentiellement régie par le régime RED II, en ce sens que la demande de biocarburants ne pouvant pas être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables est faible, voire inexistante.

7.131. Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, la mesure prescrivait les conditions d'admissibilité régissant l'accès à un label volontaire et, plus généralement, la façon dont de

exigeant que les opérateurs sur leurs territoires respectifs agissent de manière à assurer le respect de ces prescriptions.

[303] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 594.

[304] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 68.

[305] Voir la section 7.1.2.3.5.1 du présent rapport.

quelconques allégations relatives au caractère Dolphin Safe pouvaient être formulées pour les produits du thon. La mesure contrôlait essentiellement l'admissibilité au bénéfice d'un label et n'empêchait par ailleurs aucun produit d'être autorisé sur le marché. Il a néanmoins été constaté qu'elle énonçait les caractéristiques d'un produit dont le respect était obligatoire (et par conséquent constituait un "règlement technique"). Dans le contexte de la prescription en matière d'étiquetage en cause, l'Organe d'appel a observé ce qui suit:

> Le texte de l'Annexe 1.1 de l'*Accord OTC* ne contient pas les mots "marché" ou "territoire". Il n'indique pas non plus qu'une prescription en matière d'étiquetage est "obligatoire" *uniquement* s'il existe une prescription imposant d'utiliser un label particulier pour mettre un produit en vente sur le marché. Selon nous, le simple fait qu'il n'existe pas de prescription imposant d'utiliser un label particulier pour mettre un produit en vente sur le marché n'empêche pas de constater qu'une mesure constitue un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1. Par contre, dans le contexte de la présente affaire, nous attachons de l'importance au fait que, s'il est possible de vendre les produits du thon sans un label Dolphin Safe aux États–Unis, tout "producteur, importateur, exportateur, distributeur ou vendeur" de produits du thon doit respecter la mesure en cause pour pouvoir formuler une quelconque allégation relative au caractère Dolphin Safe.[306]

7.132. De même, dans l'affaire *CE – Sardines*, la mesure en cause ne subordonnait pas la mise sur le marché d'un produit de manière légale au fait que ce dernier possède (ou non) certaines caractéristiques. La mesure prescrivait plutôt, entre autres choses, les espèces de sardines qui pouvaient être vendues en tant que "conserves de sardines" sur le marché de l'UE. La mesure contrôlait essentiellement l'admissibilité au bénéfice d'une désignation commerciale et n'empêchait par ailleurs aucun produit d'être autorisé sur le marché. Il a néanmoins été constaté qu'elle énonçait les caractéristiques d'un produit dont le respect était obligatoire.[307]

7.133. Ainsi, dans ces deux différends, il était nécessaire de respecter les prescriptions énoncées dans les règlements techniques en cause pour avoir accès à un avantage particulier ou à un segment particulier du marché. Le fait que le respect des prescriptions examinées dans les affaires *États-Unis – Thon II (Mexique)* et *CE – Sardines* n'était pas une condition de la vente légale du produit (c'est-à-dire une condition de la "[mise d']un produit en vente sur le marché", comme l'a décrit l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*) n'a pas empêché de conclure que celles–ci constituaient des règlements techniques. Le point commun à ces deux différends était le fait essentiel que, dans les deux cas, les mesures énonçaient d'une manière exclusive, obligatoire et exhaustive les critères d'admissibilité des produits concernés aux fins de l'obtention d'un label particulier ou de la commercialisation sous une dénomination particulière.

7.134. Selon le Groupe spécial, la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS fonctionnent d'une manière analogue. Comme l'a signalé l'Union européenne, ces mesures ne créent pas un obstacle juridique à la vente ou à la mise d'une autre manière sur le marché européen de biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale en général ou de cultures dont il a été déterminé qu'elles présentaient un risque élevé de CIAS. Elles limitent toutefois l'accès à un segment particulier du marché de l'UE qui comprend les biocarburants considérés comme des sources d'énergie renouvelables aux fins des contributions nationales aux objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables dans le secteur des transports.[308] Même s'il est possible de vendre des biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, y compris à partir de matières premières à risque élevé de CIAS, dans l'Union européenne, tous les États membres de l'UE doivent respecter la "part maximale" et le plafond concernant l'utilisation de ces biocarburants, ou l'élimination progressive, lorsqu'ils calculent leur part de la consommation d'énergies renouvelables pour atteindre les objectifs contraignants énoncés dans la Directive RED II. Aucune

[306] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 196. (mise en relief dans l'original; notes de bas de page omises)

[307] Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.47; rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 194.

[308] En d'autres termes, le respect des caractéristiques d'un produit énoncées dans le règlement technique en cause dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* était requis pour l'accès aux avantages découlant de la promotion du thon Dolphin Safe par les États-Unis, tout comme le respect des caractéristiques d'un produit énoncées à l'article 26.1 et 26.2 est requis pour l'accès aux avantages découlant de la promotion par l'Union européenne des énergies renouvelables dans le secteur des transports.

flexibilité ne permet aux États membres de l'UE de ne pas tenir compte de ces règles lorsqu'ils calculent leur part d'énergies renouvelables ou de s'abstenir d'effectuer ce calcul.

7.135. Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, c'était aussi une raison essentielle qui avait amené l'Organe d'appel à conclure finalement que la mesure était un règlement technique. Dans cette affaire, la mesure énonçait "une *définition unique et prescrite juridiquement* d'un produit du thon Dolphin Safe et *prohib[ait]* l'utilisation d'autres labels sur les produits du thon qui ne répond[aient] pas à cette définition [… et, c]e faisant, la mesure des États–Unis *prescri[vait] d'une manière large et exhaustive les conditions* qui s'appliqu[aient] pour la formulation de toute affirmation concernant un produit du thon quant à son "caractère Dolphin Safe", indépendamment de la manière dont cette déclaration [était] faite[, et, e]n conséquence, la mesure des États–Unis *englob[ait] le champ complet de ce que l'expression "Dolphin Safe" signif[iait]* en relation avec les produits du thon".[309] De même en l'espèce, il n'y a absolument aucune flexibilité autorisant le recours à des critères de rechange pour ce qui est d'évaluer si les biocarburants sont admissibles aux fins de la part maximale de 7% ou de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, en dehors des critères prescrits dans les mesures. Par conséquent, les mesures "*prescrivent d'une manière large et exhaustive les conditions qui s'appliquent*" aux fins de l'admissibilité, et englobent ainsi "*le champ complet de ce que*" l'admissibilité des biocarburants signifie pour la réalisation des objectifs de la Directive RED II en matière d'énergies renouvelables. Cette conclusion n'est pas modifiée par le fait que les biocarburants qui ne satisfont *pas* aux prescriptions en matière d'admissibilité peuvent être vendus de manière légale sur le marché aux fins de l'approvisionnement du marché européen de l'énergie destinée aux transports.

7.136. Le Groupe spécial est conscient du fait que, dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, la mesure en cause était une prescription en matière d'étiquetage et que les prescriptions en matière d'étiquetage sont expressément identifiées dans la deuxième phrase de l'Annexe 1.1 comme relevant de ce qui peut être traité dans un règlement technique. Dans la présente affaire, et comme nous l'avons vu plus haut, il n'est pas allégué que la mesure en cause serait visée par la deuxième phrase de l'Annexe 1.1. Cependant, cette différence n'implique pas que le raisonnement appliqué dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* ne peut pas aussi s'appliquer en l'espèce, *mutatis mutandis*. La considération pertinente à cet égard est qu'une mesure peut constituer un règlement technique même si elle n'impose pas de caractéristiques d'un produit ni de prescriptions particulières comme condition de la mise d'un produit sur le marché.[310]

7.137. Le Groupe spécial observe que la limitation de l'applicabilité des dispositions pertinentes de l'Accord OTC aux mesures qui subordonnent à des conditions l'aptitude à mettre des produits sur le marché de manière légale exclurait du champ des disciplines de l'Accord OTC des mesures réglementant ou empêchant l'accès à un avantage particulier ou à un segment particulier du marché sur la base des caractéristiques d'un produit, sans exclure la possibilité de l'offrir à la vente. À son avis, le texte et le contexte des dispositions pertinentes de l'Accord OTC ne constituent pas une base permettant d'établir une telle distinction entre les mesures qui réglementent les caractéristiques requises des produits pour leur pleine mise sur le marché et celles qui réglementent les caractéristiques requises des produits pour l'accès à certains segments spécifiques du marché intérieur. Selon lui, cela est également compatible avec l'objet et le but de l'Accord OTC, tels qu'ils sont énoncés dans son préambule, à savoir "que les règlements techniques … ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce international".

7.138. Sur la base de ce qui précède, le Groupe spécial constate que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS énoncent les caractéristiques d'un produit "dont le respect est obligatoire" au sens de l'Annexe 1.1.

---

[309] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 199. (pas de mise en relief dans l'original)

[310] Le Groupe spécial note que la prescription "dont le respect est obligatoire", énoncée dans la première phrase de l'Annexe 1.1, s'applique également aux types de mesures décrits dans la deuxième phrase. (Voir, par exemple, les rapports du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphe 7.449 (estimant qu'il serait contraire à l'objet et au but des obligations concernant les règlements techniques que le membre de phrase indiquant que "le respect est obligatoire" ne s'applique pas aux éléments mentionnés dans la deuxième phrase); et les rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, note de bas de page 979 relative au paragraphe 7.281 (notant que, bien que l'Annexe 1.1 ne fasse pas expressément référence à la nature "obligatoire" du document dans sa deuxième phrase, elle s'applique également.)

#### 7.1.2.1.6 Conclusion concernant l'Annexe 1.1

7.139. Le Groupe spécial conclut que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

7.140. Le Groupe spécial note que l'Union européenne réaffirme son point de vue selon lequel les mesures contestées ne sont pas des règlements techniques en répondant à chacune des allégations formulées au titre de l'article 2. Il est également conscient que la manière dont l'Union européenne répond à certaines des allégations au titre de l'article 2 est dictée par son point de vue selon lequel les mesures ne sont pas des règlements techniques. Cependant, étant donné qu'il a déjà traité cette question au début, et afin d'éviter des répétitions, le Groupe spécial procède au reste de ses constatations en partant du principe que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

### 7.1.2.2 Article 2.4 – Normes internationales pertinentes

#### 7.1.2.2.1 Introduction

7.141. Ayant conclu que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1, le Groupe spécial va maintenant examiner les allégations au titre de l'article 2 de l'Accord OTC. Il examine pour commencer l'allégation au titre de l'article 2.4, avant les allégations au titre de l'article 2.2 et de l'article 2.1, pour les raisons déjà exposées dans son examen de l'ordre d'analyse.

7.142. La Malaisie affirme[311] que l'Union européenne viole l'article 2.4 en imposant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sans utiliser les normes internationales pertinentes comme base. Plus spécifiquement, elle indique que quatre normes ISO sont les normes pertinentes aux fins de son allégation au titre de l'article 2.4, expliquant qu'elles énoncent une méthode d'évaluation de la performance environnementale et de la durabilité du biocarburant. La Malaisie soutient que cette méthode exclut explicitement les CIAS de l'évaluation. Selon elle, par conséquent, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS contredit les normes ISO pertinentes et l'Union européenne ne les a donc pas utilisées comme base de ses règlements techniques. La Malaisie affirme également que ces normes sont efficaces et appropriées pour réaliser l'objectif fondamental de l'Union européenne, à savoir éviter des émissions supplémentaires de GES.

7.143. L'Union européenne affirme[312] que ces quatre normes ISO ne sont pas des normes pertinentes ni ne sont efficaces ou appropriées pour réaliser l'objectif légitime recherché par les mesures en cause. Plus spécifiquement, elle fait valoir que les mesures traitent une question qui n'entre pas dans le champ des quatre normes ISO car ces dernières ne prennent pas en compte les CIAS et les risques environnementaux connexes. Elle dit que, à cause de cela, elle a adopté une autre approche dans le Règlement délégué.

#### 7.1.2.2.2 Critère juridique

7.144. L'article 2.4 énonce l'obligation suivante:

> 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

[311] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 692 à 709; deuxième communication écrite, paragraphes 255 à 262; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 83 à 87; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial, paragraphes 233 à 235.

[312] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 978 à 1001; deuxième communication écrite, paragraphes 161 à 166; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 716 à 731.

exemple en raison de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux.

7.145. L'article 2.4 a été interprété et appliqué dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.146. D'après le texte de l'article 2.4, un plaignant doit démontrer trois éléments[313] pour établir qu'un règlement technique est incompatible avec l'obligation énoncée:

a. des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale;

b. la ou les normes internationales ou leurs éléments pertinents n'ont pas été utilisés comme base du règlement technique; et

c. la ou les normes internationales ou leurs éléments pertinents ne sont pas *inefficaces* ou *inappropriés* pour réaliser les objectifs légitimes recherchés par le règlement technique, compte tenu de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux.

7.147. Ces éléments s'appliquent cumulativement et, donc, chacun d'eux doit être présent pour qu'une incompatibilité avec la première phrase de l'article 2.4 soit établie.

7.148. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 2.4 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend. Comme il en a la prérogative[314], il examinera aussi attentivement et interprètera le sens de parties pertinentes des quatre normes ISO en cause en l'espèce.

#### 7.1.2.2.3 Description de la teneur générale des quatre normes ISO

7.149. Les quatre normes ISO visées dans l'allégation formulée par la Malaisie au titre de l'article 2.4 sont les suivantes:

a. Norme ISO 14040:2016 intitulée "Management environnemental – Analyse du cycle de vie – Principes et cadre" (ci–après "norme ISO 14040:2016")[315]

b. Norme ISO 14044:2017 intitulée "Management environnemental – Analyse du cycle de vie – Exigences et lignes directrices" (ci–après "norme ISO 14044:2017")[316]

[313] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.627 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphes 7.61 à 7.139, et au rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 217 à 291).

[314] Dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac*, le Groupe spécial, se fondant sur certaines indications données par l'Organe d'appel dans le différend *Inde- Produits agricoles* (qui concernait le domaine SPS) à propos de la tâche d'identification et d'interprétation par un groupe spécial des normes internationales, dont il a estimé qu'elles s'appliquaient *mutatis mutandis* aux différends dans le domaine OTC, a dit que, "[u]ne fois que les instruments pertinents ser[aient] identifiés, leur sens devr[ait] également être discerné et interprété" par le groupe spécial. (Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.297. Voir, plus généralement, les paragraphes 7.295 à 7.297.) Dans l'affaire *Inde – Produits agricoles*, l'Organe d'appel a dit, par exemple, ce qui suit: "[D]u fait que la norme internationale sert de point de repère pour l'évaluation de la conformité d'un Membre avec l'article 3 [de l'Accord SPS], *il appartient au groupe spécial* de discerner le sens de cette norme. Pour effectuer cette évaluation, les groupes spéciaux disposent de divers moyens. Un groupe spécial peut être guidé par des principes d'interprétation pertinents, y compris les règles coutumières pertinentes d'interprétation du droit international public." (Rapports de l'Organe d'appel *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 5.79; et *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.296. (pas d'italique dans l'original))

[315] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242).

[316] Norme ISO 14044:2017 (pièce MYS-241).

c. Norme ISO 14067:2018 intitulée "Gaz à effet de serre – Empreinte carbone des produits – Exigences et lignes directrices" (ci–après "norme ISO 14067:2018")[317]

d. Norme ISO 13065:2015 intitulée "Critères de durabilité pour la bioénergie" (ci–après "norme ISO 13065:2015")[318]

7.150. L'article 2.4 fait référence à des "normes internationales" qui sont "pertinentes". S'agissant du premier élément, les parties conviennent que ces quatre documents de l'ISO sont des normes internationales au sens de cette disposition. Le Groupe spécial ne voit aucune raison de ne pas être d'accord.[319]

7.151. Le Groupe spécial observe que les normes ISO 14040:2016 et ISO 14044:2017 concernent toutes les deux l'analyse du cycle de vie (ACV) d'un produit et que, compte tenu de leurs éléments communs, elles peuvent être examinées ensemble. La norme ISO 14040:2016 spécifie les principes et le cadre applicables à la réalisation d'une ACV, tandis que la norme ISO 14044:2017 spécifie les exigences et fournit les lignes directrices pour la réalisation d'une ACV.[320] L'ACV traite les aspects environnementaux et les impacts environnementaux potentiels d'un produit donné tout au long du cycle de vie de ce produit, de l'acquisition des matières premières à sa production, son utilisation, son traitement en fin de vie, son recyclage et sa mise au rebut (à savoir, du berceau à la tombe).[321]

7.152. Le Groupe spécial observe que la norme ISO 14040:2016 définit une ACV comme étant la "compilation et [l']évaluation des intrants, des extrants et des impacts environnementaux potentiels d'un système de produits au cours de son cycle de vie".[322] Un "système de produits" est, quant à lui, défini comme un "ensemble de processus élémentaires comportant des flux de produits et des flux élémentaires, remplissant une ou plusieurs fonctions définies, qui sert de modèle au cycle de vie d'un produit".[323] Comme l'explique la norme ISO 14040:2016, "Les ACV sont réalisées en modélisant des systèmes de produits qui décrivent les éléments principaux de systèmes physiques. Les frontières du système définissent les processus élémentaires à inclure dans le système."[324] En outre, la norme ISO 14040:2016 explique qu'une ACV est une "approche relative, structurée autour d'une unité fonctionnelle".[325] Une unité "fonctionnelle" est ensuite décrite comme étant la "performance quantifiée d'un système de produits destinée à être utilisée comme unité de référence".[326] L'unité fonctionnelle définit l'objet de l'étude et toutes les analyses ultérieures dépendent de cette unité fonctionnelle.[327]

---

[317] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32).

[318] Norme ISO 13065:2015 (pièce EU-164).

[319] Conformément à l'Annexe 1.2, une "norme" est un "[d]ocument approuvé par un organisme reconnu, 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". De plus, conformément à l'Annexe 1.4, un "organisme ou système international" est défini comme étant un "organisme ou système ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres". En outre, comme l'Organe d'appel l'a précisé, une norme internationale est une norme adoptée par un "organisme international à activité normative", c'est-à-dire un organisme qui a "des activités reconnues dans le domaine de la normalisation" et qui est ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 359. Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphes 7.278 à 7.287.) Comme les parties, le Groupe spécial estime que les normes ISO en cause répondent à ces définitions et sont compatibles avec les indications de l'Organe d'appel concernant le sens de l'expression "norme internationale". Voir Malaisie, première communication écrite, paragraphe 697; Union européenne, réponse à la question n° 128 du Groupe spécial, paragraphe 724.

[320] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), article 1, première phrase (Domaine d'application), page 1; norme ISO 14044:2017 (pièce MYS-241), article premier (Domaine d'application), page 1.

[321] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), page iv.

[322] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), article 3.2 (Analyse du cycle de vie), page 2.

[323] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), article 3.28 (Système de produits), page 4.

[324] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), article 5.2.3 (Frontières du système), page 12.

[325] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), article 4.1.4 (Approche relative et unité fonctionnelle), page 3.

[326] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), article 3.20 (Unité fonctionnelle), page 3.

[327] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), article 4.1.4 (Approche relative et unité fonctionnelle), page 6, qui dispose ce qui suit:

> L'ACV est une approche relative, structurée autour d'une unité fonctionnelle. Cette unité fonctionnelle définit l'objet de l'étude. Toutes les analyses ultérieures dépendent donc de cette

7.153. Le Groupe spécial observe qu'une étude d'expert communiquée par l'Union européenne qualifie l'ACV d'"outil le plus généralement accepté pour l'évaluation de la performance environnementale des produits" et qualifie les normes ISO 14040:2016 et ISO 14044:2017 de "normes les plus largement acceptées en la matière [qui] peuvent être considérées comme la "source" de la quasi–totalité des autres activités de normalisation".[328]

7.154. Le Groupe spécial examine maintenant la norme ISO 14067:2018, qui, comme cela a été indiqué plus haut, s'intitule "Gaz à effet de serre – Empreinte carbone des produits – Exigences et lignes directrices pour la quantification". Elle spécifie les principes, les exigences et les lignes directrices relatifs à la quantification et à la déclaration de l'empreinte carbone d'un produit (ECP) d'une manière cohérente avec les normes susmentionnées sur l'ACV.[329] La norme ISO14067:2018 définit l'ECP comme étant la "somme des émissions et des captations de GES dans un système de produits, exprimée en équivalent $CO_2$ et fondée sur une analyse du cycle de vie prenant pour seule catégorie d'impact le changement climatique".[330] D'après la norme, cette quantification est fondée sur une ACV qui doit être conforme à la norme ISO 14044:2017.[331]

7.155. Enfin, la norme ISO 13065:2015, qui, comme cela a été indiqué plus haut, s'intitule "Critères de durabilité pour la bioénergie", spécifie les principes, critères et indicateurs relatifs à la chaîne d'approvisionnement en bioénergie destinés à faciliter l'évaluation des aspects environnementaux, sociaux et économiques de la durabilité.[332] La norme définit la "bioénergie" comme étant l'"énergie dérivée de la biomasse". Le fait que cette définition englobe les biocarburants n'est pas contesté par les parties.[333] Les principes, critères et indicateurs pertinents sont exposés dans des chapitres distincts de cette norme qui concernent les aspects correspondants de la durabilité. En ce qui concerne la durabilité environnementale, la norme définit le principe pertinent comme étant la réduction des émissions de GES anthropogéniques et prescrit, comme indicateur, certains calculs des émissions de GES et captations de GES.[334] Sur le plan de la méthode, la norme dispose que la quantification et la déclaration des GES doivent être effectuées conformément à la norme susmentionnée, c'est–à–dire la norme ISO 14067:2018, et prescrit donc une ACV qui doit être conforme à la norme ISO 14044:2017.[335]

7.156. En résumé, les quatre normes ISO, lues conjointement, prévoient une quantification des émissions de GES des biocarburants fondée sur une ACV. Cela n'est pas contesté par les parties.

---

unité fonctionnelle parce que tous les intrants et extrants de l'ICV, ainsi que le profil de l'ACVI, sont en rapport avec l'unité fonctionnelle.

[328] Étude Finkbeiner (pièce EU-166), page 13.

[329] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), article 1, première phrase (Domaine d'application), page 1.

[330] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), article 3.1.1.1. (Empreinte carbone d'un produit), page 2.

[331] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), article 6.1 (Généralités), et article premier (Domaine d'application), pages 13 et 1.

[332] Norme ISO 13065:2015 (pièce EU-164), article 1, première phrase (Domaine d'application), page 1.

[333] Norme ISO 13065:2015 (pièce EU-164), article 3.3 (Bioénergie), page 1.

[334] Norme ISO 13065:2015 (pièce EU-164), article 5.2.1.1.1, page 13, qui dispose ce qui suit:

> Indicateur: Fournir, conformément à l'article 6:
> a) des données suffisantes pour permettre de calculer les émissions de GES et les captations de GES lors d'une étape du cycle de vie; ou
> b) une empreinte carbone partielle du produit de bioénergie calculée comme étant la somme des émissions et captations de GES d'un ou de plusieurs processus, exprimée en équivalents $gCO_2$ par unité fournie; ou
> c) l'empreinte carbone du cycle de vie calculée comme étant la somme des émissions de GES et des captations de GES, exprimée en équivalents gCO2 par MJ d'énergie fournie et unité fonctionnelle.

[335] Norme ISO 13065:2016 (pièce EU-164), article 6.1 (Généralités), page 20, dont la partie pertinente dispose ce qui suit:

> Le présent article établit les exigences relatives à la quantification des émissions de GES en application du principe relatif aux GES (voir 5.2.1). La quantification et la déclaration des GES seront entreprises conformément à la norme ISO/TS 14067, complétée par l'article 6. La norme ISO/TS spécifie les principes, les exigences et les lignes directrices concernant la quantification et la communication de l'empreinte carbone d'un produit (ECP) sur la base des normes internationales sur l'analyse du cycle de vie (ACV) (ISO 14040 et ISO 14044) et sur les marquages et déclarations environnementaux (ISO 14020, ISO 14024 et ISO 14025). Elle inclut des exigences concernant les données et la qualité des données.

#### 7.1.2.2.4 Comment les quatre normes ISO se rapportent à la question des CIAS

7.157. Le Groupe spécial observe que, sur les quatre normes, seule la norme ISO 14067:2018 fait directement référence aux CIAS. Il examine donc d'abord le libellé pertinent de cette norme, avant d'examiner s'il existe d'autres libellés plus généraux dans cette norme et les trois autres qui peuvent aussi se rapporter à la question des CIAS. Comme il a été indiqué plus haut, la norme ISO 14067:2018 définit un CIAS comme étant un "changement dans l'utilisation des sols, qui a pour cause un changement direct d'affectation des sols […], mais qui se produit à l'extérieur des frontières considérées".[336] Cette définition diffère quelque peu de la manière dont l'Union européenne a défini le CIAS dans ses mesures.[337] Cependant, dans le même temps, l'exemple fourni dans les notes relatives à la définition de la norme ISO est semblable à la façon dont les mesures définissent le CIAS.[338] Le Groupe spécial ne considère pas que de quelconques différences de ce type dans la façon dont les définitions du CIAS sont formulées dans la norme ISO et dans les mesures affecteraient la présente analyse (et aucune des deux parties n'a fait valoir que cela serait le cas).

7.158. Bien que la norme ISO 14067:2018 fasse référence au CIAS, il n'y a pas de désaccord entre les parties sur le fait qu'elle exclut le CIAS de la méthode ACV qu'elle établit.[339] En effet, la définition du CIAS dans cette norme dit qu'il se produit "à l'extérieur des frontières considérées". Comme il a été indiqué plus haut, les frontières (du système) "définissent les processus élémentaires à inclure dans le système". En d'autres termes, le CIAS n'entre pas dans le champ de l'étude.

7.159. Le fait que le CIAS est exclu de la méthode ACV ressort aussi clairement de la phrase suivante de la norme ISO 14067:2018, qui dit ce qui suit:

> Il conviendra d'inclure le changement indirect d'affectation des sols (CIAS) dans les études d'ECP une fois qu'il existera une procédure convenue au niveau international.[340]

7.160. La phrase figure dans une note relative à l'article 6.4.9.5 de la norme ISO 14067:2018 qui prévoit l'inclusion du CDAS dans la quantification des émissions de GES.[341] Ainsi, alors que le CDAS est inclus dans cette quantification, le CIAS ne l'est actuellement pas.

7.161. Les deux parties expliquent pourquoi les effets de CIAS ne sont actuellement pas inclus dans la quantification des émissions de GES fondée sur une ACV. La Malaisie considère la non-inclusion du CIAS dans la méthode ACV comme "une reconnaissance claire du fait que le concept de CIAS

---

[336] Voir plus haut le paragraphe 2.84.

[337] "Un changement indirect dans l'affectation des sols se produit lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse entraînent le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation humaine ou animale. Cette demande supplémentaire intensifie la pression qui s'exerce sur les terres et peut se traduire par une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières, provoquant un surcroît d'émissions de gaz à effet de serre." (Voir plus haut le paragraphe 2.83.)

[338] Exemple donné dans la norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), article 3.1.7.6 (changement indirect d'affectation des sols), page 10:

> Si l'affectation des sols sur une parcelle donnée passe de la production de nourriture à la production de biocarburant, il peut se produire ailleurs un changement d'affectation des sols pour répondre à la demande en nourriture. Ce changement qui se produit ailleurs est un changement indirect d'affectation des sols.

[339] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 702; deuxième communication écrite, paragraphe 257; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 989; deuxième communication écrite, paragraphe 161.

[340] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), article 6.4.9.5 (Changement d'affectation des sols), page 26.

[341] La partie pertinente de la norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), article 6.4.9.5 (Changement d'affectation des sols), page 25, dispose ce qui suit:

> Les émissions et captations de GES qui ont résulté d'un changement direct d'affectation des sols (DLUC) au cours des dernières décennies (voir la NOTE 1) doivent être estimées conformément aux méthodes internationalement reconnues, telles que les Lignes directrices du GIEC pour les inventaires nationaux de gaz à effet de serre, et incluses dans l'ECP. Les émissions de GES nettes liées aux dLUC doivent être consignées séparément dans le rapport d'étude d'ECP. Si des données spécifiques du site sont appliquées, elles doivent être consignées de manière transparente dans le rapport d'étude d'ECP. Si une approche nationale est utilisée, les données doivent être basées sur une étude vérifiée, une étude examinée par les pairs ou des preuves scientifiques analogues et doivent être consignées dans le rapport d'étude d'ECP.
> (notes de bas de page omises)

demeure plus conceptuel qu'opérationnel".[342] L'Union européenne qualifie les frontières du système d'une ACV de "limitations inhérentes" d'une ACV et cite l'étude d'expert susmentionnée, disant que "en raison de la nature différente des CIAS et des flux de matière et d'énergie habituellement évalués dans une ACV, il est sans doute judicieux d'essayer de traiter et d'atténuer les CIAS indépendamment de l'ACV – au moins pendant un certain temps".[343]

7.162. Le Groupe spécial estime que la phrase de la norme ISO 14067:2018, citée plus haut, et les affirmations des parties sur ce point démontrent que la question de savoir s'il y a lieu d'inclure les CIAS dans une quantification des émissions de GES fondée sur une ACV, et dans l'affirmative de quelle manière, n'est pas tranchée et fait encore actuellement l'objet d'un débat scientifique. D'après ce que le Groupe spécial comprend, c'est l'existence de ce débat scientifique qui explique pourquoi il n'y a actuellement pas de procédure convenue au niveau international.[344] En outre, l'opinion prédominante, à laquelle les deux parties font référence, semble être que les CIAS ne peuvent pas être mesurés ou observés (du moins avec une précision suffisante pour que des conclusions en soient tirées quant aux niveaux des émissions de GES liées aux CIAS) et ne peuvent donc pas être inclus dans une étude ACV.[345] De plus, l'Union européenne invoque ce point de vue pour expliquer son choix d'une approche différente de la quantification.[346] Cependant, alors qu'il apparaît que les parties sont d'accord sur le fait et les raisons de ne pas inclure les CIAS dans la quantification fondée sur une ACV, elles sont en désaccord sur ce que la non–inclusion, et en particulier la phrase susmentionnée de la norme ISO 14067:2018, signifie.

7.163. Pour mémoire, la phrase susmentionnée de la norme ISO 14067:2018 dit qu'[i]l conviendra d'inclure" le CIAS "dans les études d'ECP une fois qu'il existera une procédure convenue au niveau international". La Malaisie croit comprendre que cette phrase est un "rejet fort et sans ambiguïté, dans la situation actuelle, de l'inclusion des émissions de GES liées aux CIAS dans le calcul de l'empreinte carbone des produits, y compris le biocarburant".[347] En réponse à la question du Groupe spécial sur le point de savoir si les quatre normes ISO empêchent tout examen des effets des CIAS en dehors du contexte de la quantification de l'ECP dans une approche fondée sur l'ACV, la Malaisie estime qu'une "approche fondée sur les CIAS opérationnelle … est manifestement contraire aux normes en vigueur".[348]

7.164. Pour l'Union européenne, les risques de CIAS et les émissions liées aux CIAS ne font pas partie intégrante des quatre normes ISO, qui recommandent explicitement de ne pas tenir compte des émissions de GES liées aux CIAS dans le contexte d'une ACV de l'ECP de produits tant qu'il n'existe pas de procédure convenue au niveau international pour calculer ces émissions.[349] L'Union européenne affirme en outre que cette phrase de la norme ISO 14067:2018 ne peut en aucune manière être interprétée comme empêchant un quelconque Membre de suivre une approche réglementaire qui tient compte des CIAS, que ce soit dans le contexte d'une ACV de l'ECP de produits ou dans le contexte d'autres méthodes visant à évaluer l'impact environnemental de ces mêmes produits.[350]

7.165. Par conséquent, d'après ce que le Groupe spécial comprend, la Malaisie interprète la phrase de la norme 14067:2018 citée plus haut comme signifiant que la norme proscrit effectivement, c'est-à–dire n'autorise pas, l'inclusion des CIAS avant que de quelconques procédures aient été

[342] Malaisie, réponse à la question n° 130 du Groupe spécial. Voir aussi Malaisie, réponse aux questions n° 129 et n° 131 du Groupe spécial.

[343] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 995 et 998.

[344] Le Groupe spécial observe, à cet égard, que la note 6 relative à l'article 6.4.9.5 de la norme ISO 14067:2018 dispose qu'"[i]l y a des recherches en cours visant à développer une méthode et des données pour l'inclusion des CIAS dans la déclaration des GES". (pas de mise en relief dans l'original)

[345] Considérant 81 de la Directive RED II; Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 4. Voir aussi Malaisie, première communication écrite, paragraphes 64, 438, 452, 575, 576, et 610.

[346] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 999.

[347] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 702; deuxième communication écrite, paragraphe 258.

[348] Malaisie, réponse à la question n° 131 du Groupe spécial, pages 85 et 86.

[349] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 989; deuxième communication écrite, paragraphe 161.

[350] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 992; deuxième communication écrite, paragraphe 165.

convenues au niveau international. Le Groupe spécial estime que les deux considérations textuelles suivantes contredisent une telle interprétation.

7.166. La première considération textuelle est la *phrase elle-même*, et plus spécifiquement son libellé et sa place dans la norme. S'agissant du libellé, la phrase contient un énoncé positif concernant la possibilité d'inclure le CIAS dans la méthode établie par la norme ISO 14067:2018 dans le futur, et non un énoncé négatif concernant l'exclusion du CIAS de toute évaluation actuellement effectuée, comme le laisse entendre la Malaisie. En effet, pour que la phrase citée ait le sens que la Malaisie lui attribue, l'ajout du terme "seulement" devant "une fois que" semblerait nécessaire, et il faudrait que le terme "il conviendra" soit remplacé par "doit".[351] S'agissant de sa place dans la norme, la phrase citée figure dans une "note" relative à l'article proprement dit, c'est–à–dire l'article 6.4.9.5, qui prévoit l'inclusion du CDAS dans l'évaluation. Cependant, en vertu des propres directives de l'ISO, les notes relatives aux articles des normes ISO n'ont pas pour fonction d'énoncer des prescriptions.[352] Elles ont simplement pour fonction de "serv[ir] de complément d'information pour faciliter la compréhension ou l'utilisation du document".[353]

7.167. La deuxième considération textuelle qui contredit la lecture que la Malaisie fait de la phrase de la norme ISO 14067:2018 citée plus haut est l'*existence d'autres articles de ladite norme* qui font aussi référence au CIAS, à savoir les suivants:

a. L'article 6.4.9.8, comme l'article 6.4.9.5, est un paragraphe de l'article 6.4.9 ("Traitement d'émissions et de captations spécifiques") et contient un "Résumé des exigences et lignes directrices":

   i. Le tableau 1 de l'article 6.4.9.8 mentionne le CIAS en tant qu'élément spécifique des émissions de GES que, du point de vue du *traitement* dans l'ECP, "il convient d'envisager d'inclure" et qui, du point de vue de la *consignation* dans le rapport d'étude d'ECP, "doit être consigné séparément *s'il est calculé*".[354]

   ii. De plus, la figure 3 relative au tableau 1, qui illustre les éléments spécifiques de l'ECP et de l'ECP partielle, fait aussi référence aux émissions liées aux CIAS et aux captations liées aux CIAS, indiquant qu'"il convient de les examiner séparément" et notant que les CDAS et CIAS "peuvent apporter une contribution positive ou négative à l'ECP".[355]

b. L'article 7.2 ("Valeurs des GES dans le rapport d'étude d'ECP") dispose que les émissions et captations de GES résultant d'un CIAS "doivent être consignées séparément si elles sont calculées".

7.168. Ces articles et paragraphes montrent que la norme ISO 14067:2018 envisage déjà la possibilité d'inclure le CIAS dans une étude d'ECP à l'heure actuelle, c'est–à–dire même en l'absence de procédures convenues au niveau international. En conséquence, cela implique que l'inclusion du

[351] L'Union européenne note ce qui suit:
Le verbe "should" (conviendra) dans les normes ISO "indique une recommandation" et une recommandation est une "expression, dans le contenu d'un document, qui présente ou suggère un choix ou une ligne d'action possibles jugés particulièrement appropriés sans qu'il en soit nécessairement mentionné ou exclu d'autres". (Union européenne, première communication écrite, paragraphe 991 (mise en relief dans l'original)) Voir aussi Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 258.

[352] Voir l'article 24.5 des Directives ISO/IEC, Partie 2, Principes et règles de structure et de rédaction des documents ISO et IEC, qui dispose ce qui suit: "Les notes ne doivent pas contenir d'exigences … ni d'informations considérées comme indispensables pour l'utilisation du document, notamment des instructions (utilisation de l'infinitif ou de l'impératif), des recommandations … ou des autorisations … Il convient de rédiger les notes sous forme d'énoncés factuels". (L'Union européenne a communiqué des parties de ce document dans la pièce EU-165. Le document peut être consulté dans son intégralité ici: ISO – Publicly available resources)

[353] Voir le premier paragraphe de l'article 24.1 des Directives ISO/IEC, Partie 2, Principes et règles de structure et de rédaction des documents ISO et IEC, qui ajoute, ce qui confirme l'interprétation voulant que les notes elles-mêmes n'établissent pas de prescriptions, que le "document [c'est-à-dire la norme] doit être utilisable *sans* les notes". (pas de mise en relief dans l'original)

[354] Pas de mise en relief dans l'original.

[355] Pas de mise en relief dans l'original.

CIAS, en l'absence d'harmonisation au moyen d'une norme, est un choix méthodologique de l'entité qui élabore l'étude d'ECP.

7.169. Le Groupe spécial note que, en réponse aux arguments de l'Union européenne concernant ces articles, la Malaisie affirme que ces arguments ne sont pas étayés car l'Union européenne "n'a fourni absolument aucun élément de preuve démontrant qu'un tel calcul est même possible".[356] Il considère toutefois que cet argument ne réfute pas le fait que l'existence même de ces articles prouve que la norme ISO 14067:2018, bien qu'elle ne propose pas elle–même une méthode pour le faire, reconnaît que les utilisateurs des normes ISO, y compris les autorités réglementaires, comptabilisent peut–être déjà les émissions de GES liées aux CIAS suivant leurs propres méthodes.

7.170. Sur la base de ces considérations textuelles, le Groupe spécial constate que la phrase susmentionnée de la norme ISO 14067:2018 ne concerne pas la question de savoir si les pays peuvent évaluer les CIAS en l'absence de procédures convenues au niveau international et, dans l'affirmative, de quelle manière ils le feraient. Il ne souscrit donc pas à l'interprétation de la Malaisie selon laquelle la norme proscrirait effectivement, c'est–à–dire n'autoriserait pas, l'inclusion des CIAS avant que de quelconques procédures aient été convenues au niveau international.

7.171. Après avoir évalué les références spécifiques aux CIAS dans la norme ISO 14067:2018, le Groupe spécial va maintenant examiner d'autres libellés plus généraux figurant dans les quatre normes susmentionnées qui peuvent aussi se rapporter à la questions des CIAS.

7.172. Le Groupe spécial examine d'abord la norme ISO 13065:2015 parce que le champ des produits qu'elle vise (la bioénergie, y compris les biocarburants) est le plus spécifique parmi ceux des quatre normes ISO en ce qui concerne l'évaluation des effets environnementaux des biocarburants. L'article 4.12 de cette norme, intitulé "Effets directs et indirects", dispose ce qui suit:

> Lors de l'élaboration de la présente norme internationale, les questions relatives aux effets directs et indirects ont été soigneusement examinées. La présente norme internationale a pour objectif de donner des lignes directrices claires en vue de la production de résultats cohérents et reproductibles. L'expression "effets indirects" peut être interprétée de différentes manières en fonction de la diversité des opinions et définitions. La présente norme internationale examine les effets environnementaux, sociaux et économiques mesurables qui dépendent directement de l'opérateur économique et sont causés par le processus évalué. Aux fins de la présente norme internationale, ces effets sont définis comme étant des "effets directs". *Les autres effets qui ne satisfont pas à ces exigences ne sont pas visés par la présente norme internationale*.[357]

7.173. Par conséquent, l'article 4.12 indique clairement que seuls les "effets directs" sont visés par la norme et les définit comme étant "mesurables, dépendant directement de l'opérateur économique et causés par le processus analysé". Il est clair que les effets de CIAS ne sont pas des "effets directs" selon cette définition et ne sont donc pas visés par cette norme.

7.174. Le Groupe spécial note que, en réponse à une question qu'il lui a posée, la Malaisie souligne le mot "mesurables" dans cet article, rappelant que les effets des CIAS ne peuvent pas être mesurés ni observés, ce qui est l'une de ses principales préoccupations concernant "les tentatives de l'UE de rendre opérationnel le concept de CIAS". Pour la Malaisie, l'article 4.12 reflète l'idée générale selon laquelle une politique est le plus efficace lorsque ses résultats sont prévisibles.[358] Le Groupe spécial estime que la réponse de la Malaisie ne traite pas de la question de savoir si la norme ISO 13065:2015 prescrit ce que les Membres doivent faire en ce qui concerne les CIAS. Il est d'avis que l'article 4.12 indique clairement ce qui n'est *pas* inclus dans le champ de la méthode et ne traite donc pas des CIAS, que ce soit d'une manière positive ou négative.

7.175. Selon le Groupe spécial, en n'incluant pas les "effets indirects" comme le CIAS dans la méthode prévue par la norme ISO 13065:2015, l'article 4.12 ne tranche pas la question de savoir si ou comment ces effets seraient évalués. De plus, le Groupe spécial observe que la norme ISO 13065:2015 dit aussi que "les indicateurs prévus dans la présente norme internationale

[356] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 259.
[357] Norme ISO 13065:2015 (pièce EU-164), article 4.12, page 13. (pas de mise en relief dans l'original)
[358] Malaisie, réponse à la question n° 132 du Groupe spécial.

pourraient ne pas rendre compte de manière complète de tous les aspects touchant à la durabilité de tous les processus relatifs à la bioénergie".[359] Par conséquent, il conclut que la norme ISO 13065:2015, qui est la plus spécifique des quatre normes en cause en ce qui concerne l'évaluation des effets environnementaux des biocarburants, non seulement indique clairement qu'elle ne vise pas à traiter de manière complète tous les aspects touchant à la durabilité des biocarburants mais aussi exclut spécifiquement du champ de sa méthode l'évaluation des "effets indirects" tels que le CIAS.

7.176. S'agissant des autres normes ISO, le Groupe spécial observe qu'elles contiennent aussi des libellés restreignant le domaine d'application et la méthode qu'elles énoncent et le rôle qu'elles jouent dans un processus de prise de décisions/d'élaboration de politiques. Ainsi, la norme ISO 14040:2016 elle–même décrit l'ACV comme étant juste "une [des] techniques" qui ont été développées pour permettre de mieux comprendre et traiter les impacts environnementaux des produits.[360] En outre, elle dit que "[l]'analyse du cycle de vie est une des nombreuses techniques de management environnemental existantes (par exemple l'évaluation des risques, l'évaluation de la performance environnementale, l'audit environnemental et l'étude de l'impact environnemental) et peut ne pas être la technique la plus appropriée à toutes les situations".[361] La norme ISO 14044:2017, qui fait fond sur la norme 14040:2016, contient un libellé identique.[362]

7.177. En outre, la norme ISO 14067:2018 dispose qu'elle "concerne uniquement la catégorie d'impact du changement climatique" et "n'évalue aucun aspect ou impact social ou économique, ni aucun autre aspect environnemental et impacts associés résultant potentiellement du cycle de vie d'un produit".[363] L'annexe A précise les "limites de l'ECP", dont elle indique qu'elles sont "l'accent mis sur le changement climatique en tant qu'unique catégorie d'impact et les limites liées à la méthode".[364] S'agissant en particulier de l'accent mis sur une unique catégorie d'impact, l'annexe A souligne que les "décisions concernant les impacts des produits qui ne sont fondées que sur une seule question environnementale peuvent aller à l'encontre de buts et objectifs liés à d'autres questions environnementales" et avertit qu'"il convient que l'ECP ou l'ECP partielle ne soit pas le seul élément du processus de prise de décisions".[365]

7.178. Pour le Groupe spécial, il ressort clairement de ces restrictions figurant dans les différentes normes que celles–ci ne visent pas à obliger un organisme de réglementation à utiliser uniquement une ACV et ne visent pas à traiter de manière complète ou exhaustive tous les impacts environnementaux potentiels.

7.179. En résumé, le Groupe spécial constate que la norme ISO 13065:2015 exclut de manière générale les effets de CIAS, en tant qu'effets indirects, de la méthode qu'elle prévoit, et que la norme ISO 14067:2018 exclut spécifiquement les effets de CIAS de la méthode ACV utilisée pour la quantification des émissions de GES. Cependant, aucune de ces normes (pas plus que les deux autres normes examinées dans la présente section) ne contient un libellé qui empêche un organisme de réglementation national de traiter le CIAS selon sa propre approche en dehors du cadre des méthodes normalisées au niveau international.

#### 7.1.2.2.5 Prescriptions de l'article 2.4

7.180. Ayant établi que les quatre normes ISO n'incluent pas le CIAS dans leur méthode mais n'empêchent pas non plus un organisme de réglementation national de traiter le CIAS selon sa propre méthode, le Groupe spécial va maintenant examiner la question de savoir si, à la lumière de cette lecture, l'argumentation de la Malaisie satisfait aux prescriptions de l'article 2.4. Le premier élément que la Malaisie doit démontrer est que les quatre normes ISO, qui, comme le Groupe spécial l'a indiqué plus haut, constituent des normes internationales, sont des normes internationales "pertinentes" au sens de l'article 2.4.

[359] Norme ISO 13065:2015 (pièce EU-164), Introduction, page vi.
[360] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), Introduction, page v.
[361] Norme ISO 14040:2016 (pièce MYS-242), Introduction, page vi.; voir aussi Union européenne, première communication écrite, paragraphe 997.
[362] Norme ISO 14044:2017 (pièce MYS-241), Introduction, page vi.
[363] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), article premier (Domaine d'application), page 1.
[364] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), annexe A, page 33.
[365] Norme ISO 14067:2018 (pièce EU-32), annexe A, page 33.

7.181. La Malaisie estime que, comme les mesures en cause sont des mesures qui limitent d'abord puis excluent la possibilité que le biocarburant dérivé du palmier à huile soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière de consommation d'énergies renouvelables sur la base, essentiellement, de son ECP, les normes ISO pour déterminer l'ECP sont "pertinentes" au sens de l'article 2.4. Elle signale spécifiquement la norme ISO 13065:2015 comme étant la norme qui évalue la durabilité de toute la chaîne d'approvisionnement en bioénergie.[366]

7.182. L'Union européenne estime que les normes ne sont pas pertinentes car les mesures en cause portent sur une question qui n'entre pas dans le champ de ces normes.[367] Elle admet qu'elles sont en partie pertinentes dans la mesure où elles se rapportent à l'estimation des émissions directes de GES. Cependant, elle soutient que la Malaisie n'a pas démontré que les normes en question étaient des normes pertinentes pour son allégation au titre de l'article 2.4.[368]

7.183. Le Groupe spécial note que des groupes spéciaux antérieurs ont constaté que le sens ordinaire de "pertinent" était "qui est relatif ou qui se rapporte à la question examinée; adapté".[369] De plus, dans le contexte de l'examen du deuxième élément de l'article 2.4 ("utiliser comme base"), l'Organe d'appel a donné des précisions sur la question de la "pertinence". Soulignant que l'article 2.4 faisait aussi référence aux "éléments pertinents" des normes internationales, il s'est appuyé sur ce libellé pour "défini[r] l'objet approprié [de l']analyse" et limiter l'examen de la norme à ces éléments. À cet égard, l'Organe d'appel a dit ce qui suit:

> [L]'examen doit être limité aux éléments des normes internationales pertinentes qui *se rapportent à l'objet des prescriptions ou conditions contestées*. De plus, l'examen doit être de portée assez large pour traiter de tous ces éléments pertinents: le Membre qui réglemente n'est pas autorisé à ne choisir que quelques–uns des "éléments pertinents" d'une norme internationale. Si un "élément" est "pertinent", ce doit être l'un des éléments qui sont à la "base du" règlement technique.[370]

7.184. Le Groupe spécial souscrit à cette interprétation et estime qu'elle reflète une approche étroite du terme "pertinent" en le reliant directement à l'aspect contesté de la mesure en cause. Ainsi, la "question" à laquelle une norme "est relative ou se rapporte" est la disposition ou prescription contestée elle–même, et pas seulement le champ des produits visés ou l'objet général de la mesure en cause.[371]

7.185. Appliquant cette interprétation à l'affaire à l'examen, le Groupe spécial estime que la pertinence des quatre normes ISO aux fins de l'allégation au titre de l'article 2.4 n'est pas déterminée par le fait qu'elles s'appliquent aux biocarburants, produit en cause, ou qu'elles traitent de questions de durabilité. Leur pertinence n'est pas non plus déterminée par le fait que ces normes s'appliquent à des aspects du régime de l'UE applicable aux biocarburants qui ne sont pas contestés dans la présente procédure ou qu'elles contiennent des dispositions qui définissent ou mentionnent directement les CIAS. En revanche, leur pertinence dépend du point de savoir si elles traitent ce qui, d'après l'interprétation du Groupe spécial, est traité par la mesure contestée, à savoir la prise en compte des effets de CIAS. Comme le Groupe spécial l'a constaté plus haut, ce n'est pas le cas vu que les normes indiquent clairement qu'elles ne visent pas les CIAS.

---

[366] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 700.

[367] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 994.

[368] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 163.

[369] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Sardines*, paragraphe 7.68; et *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.276 et note de bas de page 962.

[370] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 250. (pas de mise en relief dans l'original)

[371] Le Groupe spécial trouve confirmation de cette lecture dans les deux affaires dans lesquelles, à ce jour, des groupes spéciaux ont formulé des constatations concernant la pertinence d'une norme internationale. Dans l'affaire *CE – Sardines*, la norme que ce groupe spécial a jugée "pertinente" portait sur ce qui était réglementé par la mesure contestée, à savoir le nom de produit des sardines. Cette constatation a été confirmée par l'Organe d'appel. (Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphes 7.98 et 7.99; rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphes 230 à 233) Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, la norme que ce groupe spécial a jugée "pertinente" portait sur les même prescriptions que la mesure contestée, à savoir les méthodes de pêche autorisées aux fins du label Dolphin Safe. En appel, la constatation du Groupe spécial sur l'existence d'une norme internationale a été infirmée pour des raisons différentes. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 7.700 à 7.707; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 399)

7.186. Compte tenu de cela, le Groupe spécial constate que les quatre normes ISO ne sont pas des normes internationales "pertinentes" aux fins de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.4. Cette allégation doit donc être jugée sans fondement.

7.187. Avant de conclure, le Groupe spécial tient à formuler trois observations. Premièrement, sa constatation selon laquelle ces quatre normes ISO ne sont pas "pertinentes" au sens de l'article 2.4 n'amoindrit en rien le rôle qu'elles jouent généralement dans l'examen de la durabilité et de la performance environnementale des produits. En outre, dans le présent différend, même si ces normes ne sont pas "pertinentes" au titre de l'article 2.4, elles jouent un rôle important en fournissant des éléments de preuve concernant le débat sur les CIAS et l'état de ce débat, comme la présente section du rapport le démontre.[372]

7.188. Deuxièmement, comme les constatations figurant dans la présente section le confirment, l'absence d'harmonisation internationale ne signifie pas que les pays ne peuvent pas agir et élaborer leurs propres approches en ce qui concerne les sujets de préoccupation. Cependant, le fait que de telles approches nationales ne relèvent pas des disciplines énoncées dans des normes internationales ne signifie pas qu'elles ne relèvent d'aucune discipline de l'OMC sur le plan du fondement scientifique et du fondement d'éléments de preuve de la mesure. En particulier, l'article 2.2 et l'article 2.1, que la Malaisie a également invoqués dans la présente procédure, imposent leurs propres disciplines relatives aux règlements techniques.[373]

7.189. Troisièmement, le Groupe spécial observe que ses constatations au titre de l'article 2.4 sont fondées sur des normes internationales qui existent actuellement. Il pense comme un groupe spécial antérieur que l'article 2.4 "n'est pas statique et qu'il existe une obligation permanente de réévaluer les règlements techniques compte tenu des normes internationales qui sont adoptées ou révisées", et que, sur le plan du contexte, l'obligation énoncée à l'article 2.3 de l'Accord OTC étaye cet avis.[374]

#### 7.1.2.2.6 Conclusion concernant l'article 2.4

7.190. Le Groupe spécial conclut que la Malaisie n'a pas établi que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était incompatible avec l'obligation, énoncée à l'article 2.4 de l'Accord OTC, d'utiliser les normes internationales pertinentes comme base des règlements techniques.

### 7.1.2.3 Article 2.2 – Nécessaire pour réaliser un objectif légitime

#### 7.1.2.3.1 Introduction

7.191. Le Groupe spécial examine maintenant l'allégation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Il l'examine à la lumière de ses constatations au titre de l'article 2.4, avant de l'examiner au titre de l'article 2.1. Il procède ainsi pour les raisons exposées dans son examen de l'ordre d'analyse des allégations au titre de l'Accord OTC.

---

[372] Le Groupe spécial rappelle, à cet égard, l'observation formulée par le Groupe spécial *Australie – Emballage neutre du tabac*, selon laquelle ce n'est pas parce qu'un document ne constitue pas une norme internationale pertinente au regard de l'Accord OTC que ce document est dépourvu de toute autre valeur probante aux fins d'autres obligations énoncées dans l'Accord. Dans cette affaire, ce groupe spécial a constaté que, même si certaines Directives de la FCTC de l'OMS n'étaient pas des normes internationales pertinentes au titre de la deuxième phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC (qui contient une présomption réfutable de compatibilité avec l'article 2.2), elles pouvaient quand même constituer (et en fait étaient utilisées comme) des éléments de preuve démontrant des faits dans le cadre d'autres allégations en cause, y compris au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphes 7.403 à 7.416.

[373] C'est dans le contexte de ces dispositions que le Groupe spécial examinera les arguments scientifiques visant l'approche adoptée par l'Union européenne qui ne se rapportent pas spécifiquement aux normes, que la Malaisie a avancés dans le cadre de la présente allégation.

[374] Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.81. Voir aussi les paragraphes 7.78 à 7.80, 7.82 et 7.86.

7.192. La Malaisie affirme[375] que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS violent l'article 2.2. Elle admet que les objectifs de politique générale déclarés de l'Union européenne concernant les changements climatiques, la biodiversité et la moralité publique sont légitimes, mais affirme que ceux–ci ne sont pas les objectifs des mesures spécifiques en cause. Selon elle, l'objectif déclaré des mesures spécifiques est la limitation des "émissions de GES grâce à la limitation des changements directs et indirects dans l'affectation des sols"[376] et l'objectif réel est le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement. La Malaisie présente des arguments impliquant que l'objectif déclaré n'est pas "légitime": elle fait valoir que les normes internationales pertinentes "excluent la prise en compte des CIAS"[377]; dans le contexte de ses allégations au titre de l'article 2.1, elle affirme que, comme les CIAS ne peuvent être ni observés ni mesurés, réguler les émissions de GES liées aux CIAS n'est pas "légitime"[378]; et en réponse aux arguments de l'Union européenne, elle conteste qu'il soit légitime d'agir sur les émissions de GES en dehors du propre territoire d'un Membre. Elle estime en outre que les mesures sont restrictives pour le commerce, que les risques de la non–réalisation de l'objectif seraient limités, et que les mesures ne sont pas à même d'apporter une contribution importante à leur objectif.[379] Elle indique également de multiples mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui sont raisonnablement à la disposition de l'Union européenne.

7.193. L'Union européenne affirme[380] que le Groupe spécial devrait rejeter les allégations au titre de l'article 2.2 et elle conteste les arguments de la Malaisie concernant tous ces éléments du critère juridique. Elle fait valoir que le régime de l'UE applicable aux biocarburants doit être considéré comme un "tout composite", et que l'"objectif légitime" des mesures est l'objectif composite consistant à atténuer les changements climatiques, à préserver la biodiversité et à répondre aux préoccupations morales connexes du public de l'UE.[381] En plus de faire valoir que les mesures ne poursuivent pas un objectif protectionniste, elle affirme que les difficultés et les limitations relatives à l'évaluation des CIAS ne signifient pas que les émissions de GES liées aux CIAS n'existent pas, et elle dit qu'aucune limitation territoriale n'est prévue à l'article 2.2 de l'Accord OTC ou à l'article XX du GATT de 1994. L'Union européenne conteste également que les mesures soient "restrictives pour le commerce", rappelle que son objectif composite implique des valeurs d'une grande importance dans l'Union européenne, et fait valoir que les mesures sont à même d'apporter une contribution importante à l'objectif composite poursuivi. Selon elle, les diverses mesures de rechange proposées par la Malaisie seraient plus restrictives pour le commerce que les mesures en cause ou n'apporteraient pas une contribution équivalente à l'objectif composite poursuivi.

7.194. Le Groupe spécial note d'entrée de jeu l'existence d'un chevauchement important entre les arguments des parties dans le contexte des différentes étapes de l'analyse au titre de l'article 2.2 et l'existence d'un chevauchement supplémentaire entre certains arguments des parties au titre de

[375] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 586 à 691; deuxième communication écrite, paragraphes 29 à 55, 81 à 104, et 210 à 239; déclaration liminaire à la réunion du Groupe spécial, paragraphes 30 à 34; réponses aux questions du Groupe spécial, pages 69 à 82; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial, pages 182 à 232.

[376] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 410, 421, 468, 580 ii).

[377] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 610 i).

[378] Dans le contexte de ses arguments concernant l'étape "contribution" du critère de nécessité au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la Malaisie fait valoir que "les CIAS ne peuvent pas être observés ni mesurés et, par conséquent, il est impossible d'imputer les risques de CIAS exclusivement au biocarburant dérivé du palmier à huile"; qu'"il est impossible de déterminer précisément dans quelle mesure, le cas échéant, des émissions de GES liées aux CIAS se produisent"; et que "[l]es normes internationales relatives à l'empreinte carbone des produits tels que les biocarburants excluent aussi la prise en compte des CIAS." (Malaisie, première communication écrite, paragraphe 610 i)) Dans le contexte de ses arguments au titre de l'article 2.1, la Malaisie fait valoir, pour ces mêmes motifs, que réglementer les biocarburants sur la base du risque de CIAS n'est "pas légitime". (Malaisie, première communication écrite, paragraphes 574 à 577)

[379] La Malaisie fait valoir que, bien qu'elle ne conteste pas que les mesures en cause puissent contribuer à la réalisation des objectifs que l'Union européenne, d'après ce qu'elle allègue, poursuit, cette contribution ou, autrement dit, la mesure dans laquelle les mesures en cause réalisent leurs objectifs, sera très difficile, voire impossible, à déterminer (que ce soit en termes quantitatifs ou en termes qualitatifs) et, en tout cas, sera très limitée." (Malaisie, première communication écrite, paragraphe 611)

[380] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 770 à 977; deuxième communication écrite, paragraphes 102 à 160; déclaration liminaire à la réunion du Groupe spécial, paragraphes 22 à 43, 64 à 98, et 99 à 121; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 518 à 715; et observations sur les réponses de la Malaisie aux questions du Groupe spécial, paragraphes 223 à 242.

[381] L'Union européenne a fait référence à trois objectifs comme étant les multiples objectifs étroitement liés qu'elle poursuivait simultanément, et a aussi fait référence à ces objectifs comme étant un seul objectif composite.

l'article 2.2 et de l'article 2.1. Par exemple, la Malaisie souligne que les CIAS ne peuvent être ni observés ni mesurés lorsqu'elle présente ses vues sur l'identification de l'objectif véritable des mesures, dans le contexte de l'examen de la "légitimité" d'une régulation des émissions de GES liées aux CIAS au titre de l'article 2.1, ainsi que de l'examen de la capacité des mesures de contribuer à cet objectif déclaré. Lorsqu'elles exposent leurs arguments sur ces questions et des questions connexes, les deux parties font des renvois à certains arguments formulés au titre de l'article 2.1 dans les sections de leurs communications concernant l'article 2.2 et inversement; elles font également des renvois à des sections de leurs arguments formulés au titre de l'article 2.1 et de l'article 2.2 dans les sections de leurs communications concernant les exceptions générales énoncées à l'article XX du GATT de 1994 (et inversement). Toutes ces sections renvoient à plusieurs sections initiales des communications des parties qui présentent des analyses détaillées sur la validité des concepts de CIAS et le fondement scientifique des mesures en cause, ainsi que sur l'historique des mesures en cause et les circonstances factuelles qui les entourent.

7.195. Le Groupe spécial est conscient que le chevauchement des arguments des parties concernant les multiples éléments différents de ces dispositions est dans une large mesure la conséquence des chevauchements apparents dans les critères juridiques qui s'appliquent au titre de ces dispositions. Toutefois, il ne considère pas qu'il a l'obligation de traiter d'une manière formaliste les mêmes questions et arguments dans le contexte de chaque étape de l'analyse ou disposition dans laquelle ils sont repris. Il est bien établi qu'un groupe spécial est "libre de ne traiter que les arguments qu'il juge nécessaire de traiter pour régler une allégation donnée".[382] Le Groupe spécial traite les questions et arguments contestés dans le cadre des étapes de l'analyse de l'article 2.2 et de l'article 2.1 qu'il juge les plus pertinentes et appropriées pour les questions et arguments soulevés. À cette fin, il fait une lecture globale des arguments des parties au titre de l'article 2.2 et de l'article 2.1, et de leurs communications d'une manière plus générale. Lorsque cela est approprié et utile pour rendre son raisonnement encore plus clair, il emploie la technique du renvoi.

7.196. Le Groupe spécial note qu'il y a aussi un chevauchement important entre les arguments des parties concernant la part maximale de 7% et les arguments des parties concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Dans la mesure où les arguments des parties sont les mêmes, ou soulèvent les mêmes questions ou des questions similaires, le Groupe spécial les traite ensemble pour éviter la répétition. Bien entendu, dès lors que les arguments des parties soulèvent des questions qui sont spécifiques à l'une des deux mesures différentes, cela apparait dans le raisonnement et les constatations du Groupe spécial.

#### 7.1.2.3.2 Critère juridique

7.197. L'article 2.2 énonce l'obligation suivante:

> 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.

7.198. L'article 2.2 a été interprété et appliqué dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

[382] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Volailles*, paragraphe 135.

7.199. L'article 2.2 prescrit que les règlements techniques ne soient pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser "un objectif légitime". Ainsi, les étapes initiales de l'analyse au titre de l'article 2.2 seraient généralement[383] les suivantes:

a. l'identification de l'objectif de la mesure en cause, et

b. une évaluation de la question de savoir s'il s'agit d'un objectif "légitime".

7.200. Si la mesure vise à réaliser un objectif légitime, l'étape suivante de l'analyse a généralement pour but de parvenir à une "conclusion préliminaire"[384] sur le point de savoir si la mesure est nécessaire pour réaliser cet objectif légitime. Ce qu'il est convenu d'appeler une "analyse relationnelle"[385] est fondé sur un processus de "soupesage et mise en balance" de trois facteurs:

a. le caractère restrictif pour le commerce de la mesure;

b. les risques que la non–réalisation de l'objectif entraînerait; et

c. le degré de contribution de la mesure à l'objectif.

7.201. L'étape finale du critère de la nécessité au titre de l'article 2.2 est une "analyse comparative"[386] dans le cadre de laquelle la mesure contestée est comparée à des mesures de rechange possibles. Plus spécifiquement, cette étape de l'analyse comporte une comparaison du caractère restrictif pour le commerce et du degré de réalisation de l'objectif par la mesure en cause avec ceux de mesures de rechange possibles qui sont raisonnablement disponibles, à même d'apporter une contribution équivalente à l'objectif de la mesure contestée, et moins restrictives pour le commerce que celle–ci.

7.202. Ces étapes de l'analyse au titre de l'article 2.2 correspondent généralement aux étapes de l'analyse qui sont suivies pour appliquer les exceptions énoncées à l'article XX du GATT de 1994 qui prescrivent qu'une mesure soit "nécessaire" à la réalisation d'un objectif spécifique (ces exceptions comprennent l'article XX a), b) et d)). Il y a également un chevauchement, dans une certaine mesure, entre les première et deuxième étapes de l'analyse et l'évaluation de la question de savoir si une mesure "se rapport[e] à" la conservation des ressources naturelles épuisables au sens de l'article XX g).[387]

7.203. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 2.2 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.2.3.3 Identification de l'objectif poursuivi

7.204. Le Groupe spécial commence par l'identification de l'objectif ou des objectifs des mesures. La conclusion tirée sur cette question déterminera nécessairement la nature et la portée des étapes

[383] Voir les rapports de l'Organe d'appel *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 6.3. L'Organe d'appel a précisé que, dans le contexte de l'article 2.2, "la manière particulière d'enchaîner les étapes de cette analyse [était] adaptable, et elle [pouvait] être modulée en fonction des allégations, mesures, faits et arguments spécifiques en cause dans une affaire donnée". (Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.205) Dans certaines circonstances, un groupe spécial peut choisir de commencer son analyse par l'examen du "caractère restrictif pour le commerce" du règlement technique en cause. (Voir, par exemple, les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.554 et note de bas de page 742.)

[384] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.203 et 5.204 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156).

[385] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 374 (rappelant son utilisation antérieure de l'expression "analyse relationnelle" dans le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 318); et *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 6.3 et 6.517.

[386] L'expression "analyse comparative" a été utilisée par des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel. Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.199; et *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 6.4.

[387] Le Groupe spécial développe plus en détail la relation entre les critères juridiques énoncés à l'article 2.2 et à l'article XX b) et g) dans le contexte de son interprétation et de son application de l'article XX.

ultérieures de l'analyse au titre de l'article 2.2. Plus spécifiquement, l'identification de l'objectif est la condition préalable logique à l'évaluation du point de savoir si cet objectif est un "objectif légitime" et est également une conditions préalable à l'évaluation "des risques que la non–réalisation [de l'objectif légitime] entraînerait" conformément au texte de l'article 2.2. En outre, l'Organe d'appel a confirmé que l'objectif d'une mesure servait aussi de "point de référence par rapport auquel un groupe spécial [devait] évaluer le degré de la contribution apportée par un règlement technique contesté, ainsi que par les mesures de rechange proposées".[388]

7.205. La Malaisie admet que les objectifs de politique générale plus vastes de l'Union européenne en ce qui concerne les changements climatiques, la biodiversité et la moralité publique sont légitimes, mais elle estime que la détermination du Groupe spécial devrait être axée sur l'objectif des mesures spécifiques en cause. Selon elle, l'objectif déclaré des mesures spécifiques est la limitation des "émissions de GES grâce à la limitation des changements directs et indirects dans l'affectation des sols"[389] et l'objectif réel des mesures est le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement.

7.206. L'Union européenne répond que, "même si la Malaisie a décortiqué des dispositions isolées de la Directive RED II ou des parties de celles-ci et les a qualifiées de "mesures" individuelles aux fins de la présente procédure, pour évaluer et saisir les objectifs de ces "mesures", il faut considérer le régime de l'UE applicable aux biocarburants comme un tout composite, qui s'inscrit dans le contexte juridique et stratégique plus large dont il fait partie".[390] Dans cette perspective plus large, comme elle le fait valoir, cela signifie que l'"objectif légitime" que les mesures poursuivent est l'objectif composite consistant à atténuer les changements climatiques, à préserver la biodiversité et à répondre aux préoccupations morales connexes du public de l'UE.[391] L'Union européenne conteste donc le fait que la Malaisie cherche à définir l'objectif des mesures isolément des objectifs plus vastes de la Directive RED II et de son régime applicable aux biocarburants, et ce qu'elle considère comme la non–prise en compte par la Malaisie des objectifs de biodiversité et de moralité publique. Elle conteste également l'affirmation de la Malaisie selon laquelle les mesures poursuivent un objectif protectionniste.[392]

7.207. Le Groupe spécial estime qu'il y a certaines tensions internes et ambiguïtés en ce qui concerne l'identification de l'objectif ou des objectifs des mesures en cause par chaque partie, comme cela est expliqué brièvement ci–après.

7.208. La Malaisie fait valoir que l'objectif des mesures est la limitation des "émissions de GES grâce à la limitation des changements directs et indirects dans l'affectation des sols"[393], mais elle affirme aussi que l'objectif réel des mesures est le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement. Le Groupe spécial comprend que ces arguments sont présentés à titre subsidiaire, la Malaisie faisant valoir que, dans la mesure où le Groupe spécial base son interprétation de l'objectif des mesures spécifiques sur l'objet déclaré desdites mesures tel qu'il est exprimé dans le texte de la Directive RED II et dans d'autres instruments juridiques pertinents, l'objectif peut donc être compris comme étant de limiter les émissions de GES grâce à la limitation des changements directs et indirects dans l'affectation des sols; mais que, dans la mesure où le Groupe spécial base son interprétation de l'objectif des mesures spécifiques sur l'historique législatif desdites mesures, sur les circonstances connexes et sur d'autres indicateurs qui se rapportent à l'objectif véritable, il apparaît que l'objectif véritable est le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement. Dans l'une ou l'autre de ces deux perspectives, le Groupe spécial comprend que la Malaisie fait valoir que le Groupe spécial devrait se concentrer sur les mesures spécifiques en cause,

[388] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 387.
[389] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 410, 421, 468, 580 ii).
[390] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 163.
[391] L'Union européenne a fait référence au pluriel à trois objectifs comme étant les multiples objectifs étroitement liés qu'elle poursuivait simultanément, et a aussi fait référence à ces objectifs comme étant un seul objectif composite. Dans sa première communication écrite, elle a fait référence à la promotion de la "sécurité énergétique" comme étant un objectif poursuivi. (Voir, par exemple, Union européenne, première communication écrite, paragraphe 14.) Toutefois, le Groupe spécial ne considère pas que l'Union européenne fasse valoir qu'il doit examiner le point de savoir si les mesures contestées par la Malaisie contribuent à la sécurité énergétique de l'UE aux fins de l'article 2 de l'Accord OTC ou de l'article XX du GATT de 1994.
[392] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 4, 806, 1405.
[393] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 410, 421, 468, 580 ii).

et non sur les objectifs plus vastes et de niveau supérieur de la Directive RED II et du régime de l'UE applicable aux biocarburants.

7.209. Le Groupe spécial note que, pour sa part, l'Union européenne met en avant à maintes reprises l'objectif des mesures en le formulant à un niveau de généralité et d'abstraction relativement élevé, c'est–à–dire en termes de changements climatiques, de biodiversité et de moralité publique.[394] L'Union européenne identifie l'objectif des mesures en des termes qui ne font pas spécifiquement référence au concept de CIAS ni aux émissions de GES liées aux CIAS. De fait, elle confirme que les éléments qu'elle identifie comme étant les objectifs des mesures spécifiques en cause ne sont "pas spécifiques au Règlement délégué ni à la Directive RED II, mais sont communs au régime de l'UE applicable aux biocarburants dans son ensemble".[395] Toutefois, le Groupe spécial juge significatif que, dans le même temps, l'Union européenne présente divers autres arguments qui donnent à penser que l'objectif de la mesure peut, ou même doit, être compris plus spécifiquement en termes de CIAS ou d'émissions de GES liées aux CIAS. À cet égard, l'Union européenne fait valoir que les mesures de rechange proposées par la Malaisie sont viciées par le fait qu'elles ne traitent pas des *CIAS et/ou des émissions de GES liées aux CIAS* et, par conséquent, ne sont pas à même d'apporter une contribution équivalente à l'objectif poursuivi.[396] Le Groupe spécial estime que ces arguments sont entièrement compatibles avec une approche consistant à définir l'objectif des mesures en des termes relativement étroits et directs, c'est–à–dire en mettant l'accent sur les CIAS et/ou les émissions de GES liées aux CIAS, par opposition aux objectifs plus vastes et de niveau supérieur que sont les changements climatiques, la biodiversité et la moralité publique.[397]

7.210. Dans ces circonstances, la tâche du Groupe spécial ne consiste pas simplement à faire un choix entre les deux façons possibles de formuler l'objectif des mesures en cause. En fait, le Groupe spécial doit procéder à une évaluation indépendante et objective de la qualification correcte de l'objectif des mesures, guidé par son examen des principales questions soulevées par les parties dans leurs arguments connexes.[398]

7.211. Le Groupe spécial commencera son analyse en exposant la raison d'être déclarée des mesures spécifiques en cause. Il examinera ensuite les questions ci–après qui sont soulevées par les formulations différentes de l'objectif des mesures présentées par la Malaisie et l'Union européenne. Premièrement, il examinera l'approche de l'Union européenne consistant à identifier l'objectif des mesures en des termes qui mettent l'accent sur les objectifs plus vastes de la Directive RED II et du régime de l'UE applicable aux biocarburants. Deuxièmement, il examinera l'argument de l'Union européenne selon lequel l'objectif des mesures devrait être formulé par référence non seulement aux émissions de GES liées aux CIAS, mais aussi aux préoccupations connexes relatives à la biodiversité et à la moralité publique de l'UE. Troisièmement, il examinera l'argument de la Malaisie selon lequel l'historique législatif des mesures, les circonstances qui les entourent et d'autres indicateurs établissent que l'objectif véritable des mesures est le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement.

[394] Voir, d'une manière générale, la section 5 de Union européenne, première communication écrite.

[395] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1363.

[396] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 900 (toutes les mesures de rechange proposées sont viciées du fait qu'"elles ne traitent pas des CIAS"), 940, 944, 945, 947 (indiquant que les systèmes de certification de rechange proposés par la Malaisie "ne traitent pas des risques de CIAS" et que "la Malaisie devrait expliquer comment un système de certification renforcé empêcherait les CIAS dans une mesure équivalente aux mesures de l'UE qu'elle contestait", 958 (observant que "la Malaisie semble constamment proposer des mesures de rechange sans tenir compte de l'approche fondée sur les CIAS"), 959 (répétant que la certification prévue par la RED "n'est pas pertinente pour les CIAS"), 967 et 971 (concluant que "toutes ces "mesures de rechange" ne portent que sur certains aspects (par exemple, les critères de légalité, de durabilité) et ne s'étendent pas aux risques de CIAS" et que "la Malaisie semble confirmer que les mesures de rechange auxquelles elle fait référence ne sont pas de réelles mesures de rechange car elles ne concernent que les CDAS et pas les CIAS").

[397] Le Groupe spécial comprend que de tels arguments pourraient également être interprétés comme concernant ce qui constitue une "contribution équivalente" aux objectifs de niveau supérieur relatifs aux changements climatiques, à la biodiversité et aux préoccupations relatives à la moralité publique de l'UE.

[398] Il n'y a rien d'inhabituel à cet égard. Comme l'Organe d'appel l'a précisé il y a longtemps, un groupe spécial doit toujours "évaluer de manière indépendante et objective" l'objectif des mesures spécifiques en cause sans être lié par la description donnée par l'une ou l'autre partie de l'objectif poursuivi. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 314)

7.212. Avant d'examiner ces questions, le Groupe spécial note qu'aucune des deux parties n'a laissé entendre que l'objectif de la part maximale de 7% devrait être défini *différemment* de l'objectif de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Les arguments des parties concernant l'objectif des mesures spécifiques en cause ne font généralement pas de distinction entre eux. Le Groupe spécial examinera donc ces mesures ensemble, sauf dans la mesure où les arguments des parties établissent des distinctions pertinentes qui justifient d'examiner séparément la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

#### 7.1.2.3.3.1 Raison d'être déclarée de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS

7.213. Le Groupe spécial observe que la raison d'être des mesures en cause a été expliquée dès 2015, sous la forme de la Directive CIAS qui modifiait la Directive RED I dans le but déclaré d'"inclure des dispositions relatives aux incidences du changement indirect dans l'affectation des sols, étant donné que les biocarburants actuels sont produits principalement à partir de cultures sur des terres agricoles existantes".[399] Dès les toutes premières explications sur la raison d'être des mesures de l'UE, il est indiqué que la préoccupation de cette dernière concerne les émissions de GES liées aux CIAS. Selon la Directive CIAS, "lorsqu'[un CIAS suppose] la conversion de terres présentant un important stock de carbone, *cela peut entraîner des émissions notables de gaz à effet de serre*".[400] Le Groupe spécial rappelle et incorpore ainsi par renvoi l'analyse figurant aux paragraphes 2.15 à 2.22 du présent rapport, dans laquelle il est fait référence à la Directive CIAS, à la proposition de 2016 de la Commission européenne pour une directive "de refonte" concernant les CIAS, et au Rapport d'étude 2017 relatif aux CIAS.

7.214. Le Groupe spécial observe en outre que le texte même de la Directive RED II, et en particulier ses considérants 80 et 81, explique la justification des mesures en cause relative aux CIAS.

> (80) Pour préparer le passage à des biocarburants avancés et réduire au minimum l'impact global sur les changements directs et indirects dans l'affectation des sols, il convient de limiter les quantités de biocarburants et de bioliquides produits à partir de céréales et d'autres plantes riches en amidon, sucrières et oléagineuses qui peuvent être comptabilisées aux fins de la réalisation des objectifs établis dans la présente directive, sans restreindre globalement la possibilité d'utiliser ces biocarburants et bioliquides. La fixation d'une limite au niveau de l'Union ne devrait pas empêcher les États membres de prévoir des limites plus basses concernant la quantité de biocarburants et de bioliquides produits à partir de céréales et d'autres plantes riches en amidon, sucrières et oléagineuses, qui peuvent être comptabilisées, au niveau national, aux fins de la réalisation des objectifs établis dans la présente directive, sans restreindre globalement la possibilité d'utiliser ces biocarburants et bioliquides.
>
> (81) La directive 2009/28/CE a introduit un ensemble de critères de durabilité liés notamment à la protection des terres de grande valeur en termes de diversité biologique et des terres présentant un important stock de carbone, *mais elle ne traitait pas de la question des changements indirects dans l'affectation des sols. Un changement indirect dans l'affectation des sols se produit lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse entraînent le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation humaine ou animale. Cette demande supplémentaire intensifie la pression qui s'exerce sur les terres et peut se traduire par une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières, provoquant un surcroît d'émissions de gaz à effet de serre.* La directive (UE) 2015/1513 du Parlement européen et du Conseil reconnait que *l'importance des émissions de gaz à effet de serre liées aux changements indirects dans l'affectation des sols est susceptible d'annuler, en partie ou en totalité, les réductions d'émissions de gaz à effet de serre* liées aux différents biocarburants, bioliquides ou combustibles issus de la biomasse. Si les changements indirects dans l'affectation des sols s'accompagnent de risques, la recherche a montré que l'ampleur des effets dépend de divers facteurs, notamment du type de matières premières utilisées pour la production de carburants,

[399] Directive CIAS (pièce MYS-168), considérant (4), page 2.
[400] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 325 (faisant référence à la Directive CIAS (pièce MYS-168), considérant (4), page 2). (pas de mise en relief dans l'original)

> de l'importance de la demande supplémentaire de matières premières résultant de l'utilisation de biocarburants, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse, et de la mesure dans laquelle les terres présentant un important stock de carbone sont protégées dans le monde.
>
> Si *le niveau des émissions de gaz à effet de serre liées aux changements indirects dans l'affectation des sols ne peut être clairement déterminé avec la précision requise pour être inclus dans la méthode de calcul des émissions de gaz à effet de serre, les principaux risques posés par les changements indirects dans l'affectation des sols résultent des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de matières premières dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone. Il convient dès lors, de manière générale, de limiter les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale dont la production est encouragée au titre de la présente directive* et, en outre, d'exiger des *États membres qu'ils fixent une limite spécifique et dégressive pour les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone. Il convient de prévoir une exemption à la limite spécifique et dégressive pour les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols.*[401]

7.215. Les considérants 80 et 81 de la Directive RED II exposent donc les raisons de traiter les CIAS, établissent spécifiquement un lien entre la question des risques de CIAS et la question des émissions de GES, et expliquent en quoi la part maximale de 7% prévue à l'article 26.1 et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS prévue à l'article 26.2, y compris le concept de biocarburants à faible risque de CIAS, se rapportent à ces raisons.

7.216. Le Groupe spécial note en outre que le Règlement délégué réaffirme que les mesures en cause sont prises pour traiter la question des CIAS, au moyen des 16 considérants de ce règlement qui expliquent les mesures en cause par référence aux CIAS. Le Règlement délégué rappelle qu'"[u]n changement indirect dans l'affectation des sols peut se produire lorsque des terres précédemment consacrées à la production de denrées alimentaires ou d'aliments pour animaux sont ensuite exploitées aux fins de la production de biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse", et que "[l]e cas échéant, il faut continuer de satisfaire la demande de denrées alimentaires et d'aliments pour animaux, ce qui peut entraîner *une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières, provoquant à son tour un surcroît d'émissions de gaz à effet de serre.*"[402] Il rappelle que les "critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre" énoncés dans la Directive RED I et repris à l'article 29 de la Directive RED II "ne tiennent pas compte des émissions liées aux CIAS".[403] Il réaffirme que la Directive CIAS de 2015:

> a reconnu non seulement l'existence des émissions liées aux CIAS mais aussi, en dépit de l'incertitude liée au calcul de ces émissions, le fait que *leur ampleur est susceptible d'annuler, en partie ou en totalité, les réductions d'émissions de gaz à effet de serre obtenues grâce aux différents biocarburants*, au sens de ladite directive, et aux bioliquides. Elle a *donc* introduit une limite globale à la quantité de carburants produits à partir de céréales et d'autres plantes riches en amidon, sucrières et oléagineuses et à partir de cultures cultivées en tant que cultures principales essentiellement à des fins de production d'énergie sur des terres agricoles qui peut être comptabilisée aux fins de la réalisation des objectifs énoncés dans la directive 2009/28/CE. La contribution maximale de ces carburants est ainsi limitée à 7% de la consommation finale d'énergie dans les transports ferroviaires et routiers de chaque État membre.[404]

7.217. Le Règlement délégué comprend également l'observation indiquant que "*l'incidence des CIAS* sur le potentiel des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse *de réduire*

[401] Considérants 80 et 81 de la Directive RED II. (pas de mise en relief dans l'original)
[402] Considérant 2 du Règlement délégué. (pas de mise en relief dans l'original)
[403] Considérant 3 du Règlement délégué.
[404] Considérant 4 du Règlement délégué. (pas de mise en relief dans l'original)

*les émissions de gaz à effet de serre* est particulièrement prononcée pour les cultures oléagineuses" et que "[l]es combustibles ou carburants renouvelables produits à partir de ces matières premières *sont donc largement considérés comme présentant un risque CIAS plus élevé*", et que cela apparait à la fois dans la Directive RED I et dans la Directive RED II.[405] Le Règlement délégué dispose que "[l]e rapport sur l'expansion des matières premières souligne également que l'*incidence de l'expansion de la zone de production des plantes oléagineuses vers des terres présentant un stock important de carbone* sur le potentiel des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse *de parvenir à des réductions des émissions de gaz à effet de serre* dépend de plusieurs facteurs".[406]

7.218. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial comprend que la raison d'être déclarée de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est la limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

#### 7.1.2.3.3.2 Objectifs plus vastes du régime de l'UE applicable aux biocarburants

7.219. Les parties abordent l'analyse de l'identification de l'objectif sous différents angles. La Malaisie se concentre sur l'objectif spécifique des mesures en cause, tandis que l'Union européenne formule ses arguments par référence aux vastes objectifs de politique générale communs à la Directive RED II et au régime de l'UE applicable aux biocarburants d'une manière plus générale.

7.220. Le Groupe spécial note que l'objectif de toute mesure contestée dans le cadre de procédures de règlement des différends à l'OMC pourrait, en principe, être formulé et compris soit du point de vue de l'objectif relativement étroit et direct de ladite mesure, soit du point de vue d'un ou de plusieurs objectifs de niveau supérieur éloignés d'un ou de plusieurs échelons de cet objectif relativement étroit et direct. Par exemple, en l'espèce, l'objectif des mesures spécifiques en cause pourrait, en principe, être formulé et compris du point de vue de l'objectif relativement étroit et direct de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Toutefois, cette formulation relativement étroite et directe de l'objectif des mesures spécifiques en cause peut être comprise non pas comme une fin en soi, mais comme un moyen de réaliser l'objectif de niveau supérieur d'atténuation des changements climatiques, qu'il est à son tour possible de comprendre comme un moyen de réaliser d'autres objectifs de niveau supérieur en rapport avec les conséquences des changements climatiques pour la planète et pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux.

7.221. Il n'y a rien d'inhérent au concept d'identification de l'objectif d'une mesure qui dicte le niveau d'immédiateté ou de spécificité auquel cet objectif doit être défini. En outre, le texte même de l'article 2.2 donne des exemples d'objectifs légitimes qui sont formulés à un niveau de généralité relativement élevé (par exemple, 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" et "la protection de l'environnement"). Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, le Groupe spécial a observé à cet égard que "les "objectifs légitimes" mentionnés explicitement dans le texte de l'article 2.2 de l'Accord OTC [étaient] formulés d'une manière très générale" et a ajouté que "définir l'objectif de [la mesure interdisant les cigarettes aromatisées] en termes de "réduction du tabagisme chez les jeunes" [pouvait] déjà être plus spécifique qu'il n'[était] 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".[407] Il y a plusieurs exemples dans lesquels d'autres groupes spéciaux ont fait référence à l'"objectif" d'une mesure à un niveau de généralité proportionné au niveau de généralité établi dans le texte de l'article 2.2.[408]

7.222. En revanche, le Groupe spécial reconnaît que concevoir l'analyse au titre de l'article 2.2 du point de vue de l'objectif relativement étroit et direct de la mesure spécifique en cause, et non du point de vue d'objectifs plus vastes qui sont éloignés d'un ou de plusieurs échelons de cet objectif,

[405] Considérant 8 du Règlement délégué. (pas de mise en relief dans l'original)
[406] Considérant 9 du Règlement délégué. (pas de mise en relief dans l'original)
[407] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, note de bas de page 635.
[408] Par exemple, dans l'affaire *CE – Sardines*, le Groupe spécial a identifié l'objectif de la mesure dans le contexte de l'examen de l'allégation au titre de l'article 2.4 de l'Accord OTC, et a identifié "les trois objectifs légitimes" recherchés par le Règlement CE en cause comme étant la "transparence du marché", la "protection des consommateurs" et la "concurrence loyale". (Rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.123)

est une approche qui cadre bien avec certaines autres considérations. Par exemple, l'instruction donnée à l'article 2.2 d'identifier et d'évaluer la nature et la gravité "des risques que la non–réalisation [de l'objectif légitime] entraînerait" pourrait être difficile à appliquer, et ne pas être particulièrement utile, si l'objectif était identifié à un niveau de généralité élevé. Cet élément de l'analyse semblerait présupposer que l'objectif est compris d'une manière plus particulière, étant donné l'instruction connexe donnée dans le texte de l'article 2.2 selon laquelle "[p]our 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".

7.223. En outre, dans un certain nombre d'affaires concernant l'article 2.2, et de fait l'article XX du GATT de 1994, des groupes spéciaux ont formulé l'objectif de la mesure en cause d'une manière qui mettait l'accent sur son objectif relativement immédiat et direct. Par exemple, dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, le Groupe spécial a identifié l'objectif de l'interdiction d'importer en cause en des termes relativement spécifiques comme étant "la réduction de l'exposition aux risques découlant de l'accumulation de pneumatiques de rebut"[409], et a constaté que cet objectif relevait de l'objectif plus large de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et de préservation des végétaux. Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, le Groupe spécial a identifié les objectifs de la mesure d'étiquetage Dolphin Safe des États–Unis comme incluant l'"objectif consistant à éviter que les consommateurs de produits du thon ne soient induits en erreur par de fausses allégations quant à la pêche sans risque pour les dauphins" et a dit que l'objectif de la mesure "relevait de l'objectif plus large consistant à prévenir les pratiques de nature à induire en erreur".[410]

7.224. De plus, comme il a déjà été indiqué, l'Organe d'appel a dit que l'identification de l'objectif d'une mesure servait de "point de référence par rapport auquel un groupe spécial devait évaluer le degré de la contribution apportée par un règlement technique contesté, ainsi que par les mesures de rechange proposées".[411] Il a souligné que, comme l'identification de l'objectif poursuivi avait cette fonction, "on ne saurait trop insister sur le fait qu'il import[ait] qu'un groupe spécial identifie d'une manière suffisamment claire et cohérente l'objectif ou les objectifs poursuivis par un Membre au moyen d'un règlement technique".[412] Ces considérations n'appuient pas nécessairement une approche de l'identification de l'objectif de la mesure à un niveau de généralité élevé.

7.225. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial ne considère pas qu'il existe un certain niveau de spécificité requis par rapport auquel l'"objectif" pertinent doit toujours être défini aux fins de l'article 2.2. Il fondera plutôt son approche sur les circonstances particulières de la cause en l'espèce.

7.226. Pour les raisons qui sont exposées ci–après, le Groupe spécial juge approprié de chercher à identifier l'objectif particulier des mesures spécifiques en cause, par opposition aux objectifs plus vastes de la Directive RED II dans son ensemble.

7.227. Premièrement, le Groupe spécial considère qu'en l'espèce, l'approche de l'Union européenne consistant à définir l'analyse au titre de l'article 2.2 du point de vue des objectifs de niveau supérieur que sont les changements climatiques, la biodiversité et la moralité publique de l'UE est un corollaire du point de vue de l'UE selon lequel la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne peuvent pas être évaluées en tant que "mesures" individuelles distinctes de ce qu'elle appelle son "régime applicable aux biocarburants" plus large. Le Groupe spécial a déjà examiné et rejeté cet argument. Il a conclu que l'Union européenne n'avait établi aucune base permettant de remettre en cause l'indication par la Malaisie d'aspects particuliers (c'est–à–dire la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS) de ce que l'Union européenne appelle le "régime applicable aux biocarburants" en tant que mesures spécifiques en cause aux fins de la définition de l'objet de la plainte de la Malaisie.[413]

[409] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 179.
[410] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.437.
[411] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 387.
[412] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 387.
[413] Voir la section 7.1.1.1.1 du présent rapport.

7.228. Deuxièmement, le Groupe spécial estime que, en général, le fait d'identifier l'objectif d'une mesure en des termes relativement spécifiques ne porte pas préjudice à un Membre défendeur. De fait, dans la mesure où l'objectif des mesures est défini à un niveau de généralité très élevé en termes, par exemple, d'"atténuation des changements climatiques" et de "prévention de la perte de biodiversité", l'éventail des mesures pouvant valablement être considérées comme des "mesures de rechange" pourrait devenir proportionnellement très large. Inversement, une formulation plus étroite et plus spécifique de l'objectif par référence à la mesure spécifique en cause restreindra l'éventail des mesures qui pourraient valablement être considérées comme des "mesures de rechange".

7.229. Troisièmement, le Groupe spécial note que, bien que l'Union européenne fasse généralement référence à ses vastes objectifs de politique générale en vue de montrer qu'ils constituent des "objectifs légitimes", dans le même temps elle présente aussi divers arguments qui donnent à penser que l'objectif de la mesure peut, ou même doit, être compris plus spécifiquement en termes de CIAS ou d'émissions de GES liées aux CIAS. Le Groupe spécial juge très significatif que, comme indiqué plus haut, l'Union européenne fasse valoir que les mesures de rechange proposées par la Malaisie sont viciées par le fait qu'elles ne traitent pas *des CIAS et/ou des émissions de GES liées aux CIAS* et, par conséquent, ne sont pas à même d'apporter une contribution équivalente à l'objectif poursuivi.[414] Comme il a déjà été observé, ces arguments sont entièrement compatibles avec une approche consistant à définir l'objectif des mesures en des termes relativement étroits et directs qui mettent l'accent sur les CIAS et/ou les émissions de GES liées aux CIAS, par opposition aux objectifs plus vastes et de niveau supérieur que sont les changements climatiques, la biodiversité et la moralité publique.[415]

7.230. Le Groupe spécial comprend que la préoccupation de l'Union européenne concernant l'identification de l'objectif du point de vue de l'objectif spécifique des mesures contestées lié aux CIAS, par opposition aux objectifs de politique générale plus vastes qu'elle poursuit au moyen de la Directive RED II, peut découler de l'idée que la limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS provenant de biocarburants conventionnels "ne peut pas être considérée comme une fin en soi, mais constitue plutôt un moyen d'atteindre les objectifs de politique générale plus vastes"[416] d'atténuation des changements climatiques, de protection de l'environnement et de la biodiversité, et de protection de la moralité publique de l'UE. Le Groupe spécial admet qu'il est sans aucun doute vrai que la limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS provenant de biocarburants conventionnels ne peut pas être considérée comme une fin en soi, déconnectée des objectifs et des valeurs de niveau supérieur. Cependant, il ne considère pas que le fait de se concentrer sur l'objectif des mesures spécifiques en cause implique autre chose.

7.231. Au contraire, l'évaluation du point de savoir si l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures est un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2, et entre dans la catégorie des politiques visées par une ou plusieurs des exceptions générales énoncées à l'article XX, suppose nécessairement une évaluation de la manière dont l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures se rapporte à la conservation des ressources naturelles épuisables, à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et plus généralement à la protection de l'environnement. Toutefois, dans un souci de clarté analytique, le Groupe spécial considère que l'identification de l'objectif des mesures spécifiques en cause est indépendante de la question de savoir si cet objectif, une fois identifié, relève des objectifs plus vastes de conservation des ressources naturelles épuisables, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, ou plus généralement de protection de l'environnement.[417]

[414] Voir plus haut la note de bas de page 396.

[415] Le Groupe spécial comprend que de tels arguments pourraient également être interprétés comme concernant ce qui constitue une "contribution équivalente" aux objectifs de niveau supérieur relatifs aux changements climatiques, à la biodiversité et aux préoccupations relatives à la moralité publique de l'UE.

[416] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 283.

[417] Comme le premier groupe spécial de l'OMC à avoir examiné les exceptions générales énoncées à l'article XX b) l'a observé, l'étape initiale de l'analyse comporte une évaluation du point de savoir si "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". (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.20)

7.232. Pour ces raisons, le Groupe spécial convient avec la Malaisie qu'il est approprié d'identifier l'objectif des mesures spécifiques en cause, par opposition aux objectifs plus vastes de la Directive RED II ou du régime de l'UE applicable aux biocarburants dans son ensemble, en tant que point de référence par rapport auquel le Groupe spécial doit évaluer, aux fins de l'allégation au titre de l'article 2.2, la légitimité de l'objectif, les risques que la non–réalisation de cet objectif entraînerait, la contribution des mesures à cet objectif, et la disponibilité de toutes mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui apporteraient une contribution équivalente à cet objectif.

7.233. Comme il a été indiqué dans la section précédente, cet objectif peut être identifié comme consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

#### 7.1.2.3.3.3 Préoccupations relatives à la biodiversité et à la moralité publique liées aux CIAS

7.234. La Malaisie considère que le principal objectif des mesures est spécifiquement la limitation des "émissions de GES grâce à la limitation des changements directs et indirects dans l'affectation des sols"[418], et non un ensemble plus large de préoccupations mises en avant par l'Union européenne relativement à la biodiversité et à la moralité publique de l'UE. À son avis, ces autres objectifs allégués n'ont rien à voir avec l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS ou sont simplement secondaires par rapport à celui–ci.

7.235. L'Union européenne estime que les arguments de la Malaisie au titre de l'article 2.2 partent du principe erroné que les mesures de l'UE poursuivent un seul objectif, à savoir la réduction des émissions de GES. Elle souligne tout au long de ses communications que les mesures en cause poursuivent l'objectif composite consistant à atténuer les changements climatiques, à préserver la biodiversité et à répondre aux préoccupations morales connexes du public de l'UE.

7.236. Le Groupe spécial considère que, même si l'article 2.2 fait état d'"un objectif légitime" au singulier, il n'y a, en principe, aucune raison qu'une mesure donnée ne puisse pas poursuivre plusieurs objectifs différents. Dans l'affaire *États-Unis – Clous de girofle*, le Groupe spécial a dit qu'"il serait tout à fait possible, tant sur le plan factuel que juridique, qu'un seul règlement technique poursuive plus d'un objectif".[419] En appel, l'Organe d'appel a reconnu que "les mesures telles que les règlements techniques [pouvaient] avoir plus d'un objectif", et qu'il n'était pas rare qu'une mesure ait "une multiplicité d'objectifs".[420] Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, le Groupe spécial a reconnu qu'"il n'y [avait], en principe, aucune raison que la mesure en cause ne puisse pas avoir plusieurs objectifs".[421]

7.237. Le Groupe spécial admet également que, dans les cas où une mesure poursuit une multiplicité d'objectifs, ces différents objectifs peuvent refléter des intérêts concurrents et que, le cas échéant, cela peut être pertinent pour l'évaluation de la mesure au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994. Par exemple, lorsqu'une mesure poursuit plus d'un objectif, il sera en principe nécessaire que le Membre plaignant identifie une mesure de rechange moins restrictive pour le commerce qui apporte une contribution équivalente à chacun de ces objectifs (et non pas simplement à l'un d'entre eux) afin d'établir l'existence d'une violation de l'article 2.2. L'évaluation du point de savoir si une incidence préjudiciable sur les importations "découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime" au titre de l'article 2.1 et l'évaluation du point de savoir si la discrimination est "arbitraire ou injustifiable" au titre du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 pourraient également être faussées si une mesure ayant de multiples objectifs concurrents était analysée comme si elle avait un objectif monolithique.

7.238. Toutefois, bien que le Groupe spécial n'exclue pas la possibilité qu'il puisse être démontré que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ont plus d'un objectif, et peut–être des objectifs concurrents, il n'est pas convaincu que, aux fins du règlement du présent différend, il soit important de considérer que les mesures visent à

[418] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 410, 421, 468, 580 ii).
[419] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.342.
[420] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 113 et 115.
[421] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.400.

protéger la biodiversité et à répondre aux préoccupations relatives à la moralité publique de l'UE en tant qu'objectifs distincts de l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS.

7.239. Selon la logique des explications de l'UE elle–même sur la façon dont ces trois objectifs sont liés entre eux, il apparaîtrait que toute mesure traitant des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures traiterait nécessairement des objectifs pertinents relatifs à la biodiversité et à la moralité publique de l'UE en même temps et avec le même degré de contribution à chaque objectif distinct. Par conséquent, dans la mesure où les préoccupations de l'UE concernant les changements climatiques, la biodiversité et la moralité publique de l'UE sont qualifiées à bon droit d'objectifs différents, du point de vue des mesures en cause, ces objectifs seraient entièrement complémentaires.

7.240. Dans le contexte de la réfutation des arguments de la Malaisie sur de possibles mesures de rechange moins restrictives pour le commerce, l'Union européenne fait valoir que ces arguments supposent à tort que les mesures de l'UE poursuivent un seul objectif (la réduction des émissions de GES). Selon elle, toute mesure de rechange doit traiter tous ces aspects de l'objectif composite poursuivi, pas seulement l'objectif d'agir sur les émissions de GES ou les changements climatiques.[422]

7.241. Selon le Groupe spécial, il apparaît que le postulat fondamental de la réfutation de l'Union européenne, tel que précisé plus loin dans le contexte de l'évaluation des mesures de rechange proposées, est que les mesures de rechange sont viciées dans la mesure où elles ne traitent pas la question des *CIAS* associés aux biocarburants dérivés de cultures. Toutefois, l'Union européenne n'a pas expliqué comment il pourrait y avoir une mesure de rechange moins restrictive pour le commerce qui apporterait une contribution équivalente à l'objectif de limitation des *émissions de GES liées aux CIAS* associées aux biocarburants dérivés de cultures sans apporter simultanément une contribution équivalente à l'objectif de limitation de la perte de *biodiversité* liée aux CIAS et sans apporter simultanément une contribution équivalente à la protection de la *moralité publique de l'UE* associée aux émissions de GES liées aux CIAS et à la perte de biodiversité liée aux CIAS. Le Groupe spécial souscrit à l'observation de la Malaisie selon laquelle, compte tenu des liens entre ce que la Malaisie considère comme l'objectif fondamental des mesures, à savoir "éviter des émissions supplémentaires de gaz à effet de serre causées par le changement indirect d'affectation des sols" et les autres objectifs, "en apportant une contribution équivalente à cet objectif fondamental, les mesures de rechange apporteraient aussi une contribution équivalente aux objectifs plus vastes que l'UE déclare poursuivre".[423]

7.242. Le Groupe spécial n'est pas convaincu par l'argument de l'Union européenne selon lequel il doit examiner en quoi les mesures visent à protéger la biodiversité et à répondre aux préoccupations relatives à la moralité publique de l'UE en tant qu'objectifs distincts de l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS.

#### 7.1.2.3.3.4 Allégation de protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement

7.243. Le Groupe spécial examine maintenant l'argument de la Malaisie selon lequel l'historique législatif des mesures, les circonstances qui les entourent et d'autres indicateurs établissent que l'objectif véritable des mesures est le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement. Il y a des différences entre les arguments que la Malaisie présente en ce qui concerne la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Le Groupe spécial examinera donc ces deux mesures l'une après l'autre.

7.244. Commençant par la part maximale de 7%, la Malaisie affirme ce qui suit:

> toutefois, la question à laquelle le Groupe spécial doit répondre est de savoir si cet objectif fondamental est bien l'objectif poursuivi par les mesures en cause, ou si le véritable objectif du plafond pour risque élevé de CIAS et de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS est d'accorder une protection aux producteurs européens de biocarburants autres que le biocarburant dérivé du palmier à huile et aux producteurs européens de matières premières provenant de cultures oléagineuses autres que l'huile

[422] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 901.
[423] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 215.

de palme (comme l'huile de colza et l'huile de soja), *et si le véritable objectif de la limite de 7% est d'accorder une protection aux producteurs européens de biocarburants autres que les biocarburants fabriqués à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale et aux producteurs européens de matières premières autres que les matières premières provenant de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale.* Comme la Malaisie l'a fait valoir plus haut, tant le texte des *mesures* en cause que l'historique de leur négociation indiquent clairement qu'accorder une protection aux producteurs européens est un objectif important, même si ce n'est pas le seul, des mesures en cause. Le fait que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent uniquement au biocarburant dérivé du palmier à huile et pas à d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, et *le fait que la limite de 7% s'applique uniquement aux biocarburants fabriqués à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale indiquent qu'accorder une protection aux producteurs européens de biocarburants et matières premières non affectés par les mesures en cause pourrait être le véritable objectif de ces mesures*.[424]

7.245. Le Groupe spécial note toutefois que, malgré cette affirmation contre la part maximale de 7%, dans sa première communication écrite, la Malaisie développe son allégation de protectionnisme uniquement en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Dans le passage ci-dessus, la Malaisie renvoie à des paragraphes de sa première communication écrite[425] qui paraissent viser uniquement la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS à l'appui de son affirmation selon laquelle les "mesures en cause" sont destinées à "accorder une protection aux producteurs européens". Sa première communication écrite ne contient pas d'arguments équivalents, et, de fait, pas d'autres arguments ni explications explicites, concernant l'objectif protectionniste allégué de la part maximale de 7%.

7.246. De plus, les arguments que la Malaisie présente dans le contexte de sa tentative de démontrer la motivation protectionniste alléguée de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sembleraient contredire son affirmation selon laquelle la part maximale de 7% a un objectif protectionniste. Comme il sera expliqué plus en détail plus loin, la Malaisie fait valoir que l'Union européenne a visé le biocarburant dérivé de l'huile de palme pour préserver d'autres types de biocarburants dérivés de cultures de la concurrence, afin de protéger les producteurs de l'UE de ces autres types de biocarburants dérivés de cultures (et/ou les cultures destinées à l'alimentation humaine et animale utilisées comme intrants). Toutefois, la part maximale de 7% s'applique à *tous* les biocarburants dérivés de cultures (y compris, mais pas exclusivement, les biocarburants dérivés de l'huile de palme).

7.247. Dans la mesure où l'allégation de la Malaisie concernant l'objectif protectionniste de la part maximale de 7% est liée à l'objectif déclaré de promouvoir une utilisation accrue des biocarburants avancés[426], le Groupe spécial ne considère pas qu'une politique déclarée de promotion des biocarburants avancés soit incompatible avec l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Il rappelle que le considérant 80 de la Directive RED II dispose que la raison d'être des mesures est "[de] préparer *le passage à des biocarburants avancés* et [de] réduire au minimum l'impact global sur les changements directs et indirects dans l'affectation des sols". Les biocarburants avancés ne sont pas produits à partir de cultures[427] et, par conséquent, ne présentent, selon la raison d'être déclarée des mesures, aucun risque d'émissions de GES liées aux CIAS. Cela signifie que les problèmes identifiés spécifiquement en ce qui concerne la production de biocarburants dérivés de cultures feraient de la promotion des

[424] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 602 b). (pas de mise en relief dans l'original)

[425] Au paragraphe 602 b) de sa première communication écrite, la Malaisie renvoie aux paragraphes 49 à 54 et 339 à 345 de sa première communication écrite.

[426] Il apparait qu'un tel argument est suggéré par la déclaration de la Malaisie, citée plus haut, selon laquelle le véritable objectif de la limite de 7% est d'accorder une protection aux producteurs européens de biocarburants "autres que les biocarburants fabriqués à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale" et aux producteurs européens de matières premières "autres que les matières premières provenant de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale".

[427] L'article 2 34) de la Directive RED II définit les "biocarburants avancés" comme étant des biocarburants produits à partir des matières premières énumérées à l'annexe IX, partie A, dans laquelle diverses matières, y compris les algues, les biodéchets, les coques, les râpes et les écorces d'arbres, sont énumérées.

biocarburants avancés un corollaire logique de la limitation de la consommation de biocarburants dérivés de cultures conventionnels.

7.248. Pour ces raisons, le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a pas étayé son affirmation selon laquelle l'objectif véritable de la part maximale de 7% était le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement ou était autre que la limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.249. Passant à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, la Malaisie fait valoir que l'objectif protectionniste de cette mesure peut être inféré que plusieurs circonstances, y compris: a) le fait que l'Union européenne a cherché dans le passé à limiter les importations de biocarburant dérivé du palmier à huile, entre autres au moyen d'obstacles au commerce illégaux; b) l'historique législatif de la mesure et les intentions déclarées du Parlement européen; et c) la conception et la structure de la mesure, y compris en particulier une multitude d'éléments montrant le caractère arbitraire de la formule et de la méthode de l'Union européenne qui ont abouti à la désignation du biocarburant dérivé du palmier à huile comme présentant un risque élevé de CIAS.[428]

7.250. Le Groupe spécial considère qu'il est bien établi que les groupes spéciaux peuvent formuler des constatations fondées sur des inférences et des éléments de preuve circonstanciels[429], en particulier dans les cas où l'existence d'éléments de preuve directs est peu probable. Par conséquent, il ne considère pas qu'un Membre plaignant doive présenter des éléments de preuve directs dans tous les cas et il est ouvert à la possibilité qu'il soit démontré, sur la base d'éléments de preuve circonstanciels, qu'une mesure liée au commerce ayant un objectif environnemental déclaré a un objectif protectionniste.[430] En outre, il comprend que, conformément aux indications de l'Organe d'appel[431], il doit examiner l'inférence qui pourrait raisonnablement être faite à partir de la totalité des éléments de preuve, au lieu de se concentrer sur les éléments de preuve pris isolément les uns des autres (qui pourraient devenir plus significatifs s'ils étaient considérés dans leur totalité). Toutefois, dans un souci de clarté analytique, il va examiner les arguments et catégories d'éléments de preuve spécifiques présentés par la Malaisie avant de passer à son évaluation globale.

7.251. La Malaisie affirme, dans le contexte de la présentation d'arguments concernant le motif protectionniste de la mesure dans le contexte de l'article 2.1, que ce motif protectionniste est attesté par le fait que l'Union européenne "dresse depuis longtemps des obstacles au commerce" pour limiter les importations de biocarburant dérivé de l'huile de palme afin de protéger le secteur des biocarburants de l'UE.[432]

7.252. L'Union européenne répond que la référence au fait allégué qu'elle dresse depuis longtemps des obstacles au commerce de l'huile de palme faite par la Malaisie "n'est pas étayée et en fin de compte dénuée de pertinence".[433]

---

[428] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 49 à 54 et 339 à 345.

[429] Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 198 (indiquant que "les groupes spéciaux tirent régulièrement des déductions des faits consignés au dossier. Les déductions peuvent être des déductions de fait; par exemple, à partir d'un fait A et d'un fait B, il est raisonnable de déduire l'existence d'un fait C"); *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 357 (indiquant qu'"un groupe spécial peut disposer d'une base suffisante pour formuler une constatation positive au sujet d'un fait particulier ou d'une allégation particulière en se fondant sur les inférences qui peuvent raisonnablement être tirées d'éléments de preuve circonstanciels et non directs"); et le rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines) (article 21:5 – Philippines)*, paragraphe 7.778 (indiquant que, "[é]tant donné que le critère en matière de preuve applicable est plus proche de celui de la prépondérance des probabilités, et non de celui de la certitude ou de la preuve fondée sur l'intime conviction, il est bien établi que les groupes spéciaux peuvent formuler des constatations de fait reposant sur des inférences et des éléments de preuve circonstanciels").

[430] La Malaisie note que le Groupe spécial peut faire la différence entre des "buts que l'on pourrait raisonnablement s'attendre à voir soutenus dans un texte législatif et des buts dont on ne s'attendrait pas à ce qu'ils le soient. En effet, elle part du principe que l'UE est suffisamment prudente pour ne pas consigner des motivations protectionnistes dans son texte introductif, même lorsque l'historique de la négociation fournit des éléments de preuve à l'effet contraire." (Malaisie, deuxième communication écrite, note de bas de page 13 relative au paragraphe 39)

[431] Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – DRAM*, paragraphes 141 à 158.

[432] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 584.

[433] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 768.

7.253. Le Groupe spécial considère que, si tant est qu'il existe un lien quelconque entre les mesures de défense commerciale indiquées par la Malaisie[434] et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, il est très ténu. Il note que les mesures de défense commerciale font suite à des enquêtes qui sont généralement ouvertes par la branche de production nationale, et sont imposées sur la base de méthodes spécifiquement prescrites par la législation nationale pertinente et réglementées par l'Accord antidumping et l'Accord SMC. Le Groupe spécial reconnaît que les mesures de défense commerciale visant les biocarburants importés qui ont été prises par l'Union européenne peuvent être considérées comme des éléments de preuve indiquant que les producteurs de l'UE ont, à divers moments, demandé une protection contre les importations de biocarburants, y compris (mais pas exclusivement) le biocarburant dérivé de l'huile de palme. Toutefois, il apparaît qu'il n'y a pas dans le dossier d'éléments de preuve concernant l'existence d'un quelconque lien entre les mesures de défense commerciale de l'UE et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. En effet, selon la Malaisie, l'effet de l'imposition par l'Union européenne de droits antidumping sur les importations de biocarburant en provenance d'Indonésie et d'Argentine était une augmentation des exportations d'huile de palme de la Malaisie vers l'Union européenne.[435] Pour ces raisons, le Groupe spécial ne considère pas que les mesures de défense commerciale antérieures adoptées par l'Union européenne pour les importations de biodiesel suggèrent un objectif protectionniste en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, en contradiction avec l'objectif déclaré de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.254. La Malaisie note qu'en 2017, le Parlement européen a adopté une résolution demandant à la Commission de prendre des mesures pour faire progressivement cesser l'utilisation d'huiles végétales qui entraînent la déforestation, y compris l'huile de palme, dans les biocarburants, de préférence pour 2020.[436] Dans cette résolution, le Parlement européen recommandait "de trouver et de favoriser d'autres solutions plus durables pour l'utilisation de biocarburants, telles que les huiles européennes fabriquées à partir de colza ou de tournesol cultivé dans l'Union". Selon la Malaisie, cette déclaration du Parlement européen met en évidence l'objectif consistant à remplacer les biocarburants par du "colza ou [du] tournesol cultivé dans l'Union", ce qui "indique clairement la finalité économique et l'intention protectionniste du mécanisme fondé sur le risque élevé de CIAS et l'élimination progressive connexe".[437]

7.255. L'Union européenne répond qu'il convient de décrire plus en détail la résolution du Parlement européen du 4 avril 2017 pour étudier la lecture sélective qu'en donne la Malaisie. Elle cite plusieurs des recommandations faites à la Commission européenne et aux États membres de l'UE dans la résolution, y compris, mais pas exclusivement, en ce qui concerne les émissions de GES liées aux CIAS potentielles associées à la demande de biocarburants de l'UE. Elle affirme qu'"[i]l est très clair que le Parlement européen examine les effets possibles de la demande de biocarburants de l'UE sur le changement climatique, la déforestation et la biodiversité, du point de vue de l'environnement et en même temps de la morale", et elle ajoute que "la seule référence à la promotion des cultures cultivées dans l'UE qui peuvent être utilisées pour la production de biocarburant figure à la fin du document et est motivée par la nécessité de trouver "d'autres solutions plus durables".[438]

7.256. Le Groupe spécial rappelle que l'historique législatif d'une mesure est une source d'information qui peut être prise en compte pour éclairer l'évaluation de la conception, de la structure et du fonctionnement prévu de la mesure par un groupe spécial.[439] Toutefois, lorsque des éléments de preuve sont présentés pour montrer que l'intention subjective des législateurs est distincte des motivations exprimées dans l'instrument juridique obtenu, il convient de faire preuve d'une certaine

[434] Voir Malaisie, première communication écrite, paragraphes 206 à 208 (mentionnant deux mesures antidumping: Council Implementing Regulation (EU) No 1194/2013 of 19 November 2013 imposing a definitive anti-dumping duty and collecting definitively the provisional duty imposed on imports of biodiesel originating in Argentina and Indonesia, OJ L 315, 26.11.2013 (pièce MYS-140); et Commission Implementing Regulation (EU) 2019/2092 of 28 November 2019 imposing a definitive countervailing duty on imports of biodiesel originating in Indonesia, OJ L 317, 9.12.2019 (pièce MYS-141).

[435] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 208.

[436] Résolution du Parlement européen du 4 avril 2017 (pièce MYS-102).

[437] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 50.

[438] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 275 et 276.

[439] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 314; et rapports du Groupe spécial *États-Unis – Loi de 1916*, paragraphe 6.17. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 395; et *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.80.

prudence dans leur invocation.[440] Néanmoins, en fonction des circonstances de la cause, l'intention déclarée des législateurs peut jouer un rôle important.[441]

7.257. Le Groupe spécial observe que la résolution du Parlement européen du 4 avril 2017 demandait un abandon progressif de l'huile de palme dans les biocarburants, de préférence pour 2020. Dans cette résolution de 15 pages, le Parlement européen analyse les conséquences pour le changement climatique, l'environnement, la déforestation et la société de la production d'huile de palme (et dans une certaine mesure d'autres cultures maraîchères et de l'agriculture en général). Il fait état des "effets indirects de la demande de biocarburants dans l'Union associée à la destruction des forêts tropicales" et relève qu'"une fois qu'un changement d'affectation des sols indirect (CASI) est pris en considération, les biocarburants dérivés des cultures peuvent, dans certains cas, entraîner une nette augmentation des émissions de gaz à effet de serre, par exemple en brûlant des habitats riches en carbone, comme les forêts tropicales et les tourbières".[442] Sur ce point comme sur d'autres examinés plus loin, il apparaît que la résolution est pleinement compatible avec l'interprétation selon laquelle l'objectif de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS consiste à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.258. Dans cette résolution, le Parlement européen a reconnu que le simple fait d'interdire ou de faire progressivement cesser l'utilisation de l'huile de palme dans les biocarburants pourrait conduire au remplacement de celle–ci par d'autres huiles végétales tropicales qui seraient très probablement cultivées dans les mêmes régions sensibles du point de vue écologique et qui pourraient avoir "des conséquences bien plus grandes sur la biodiversité, l'utilisation des terres et les émissions de gaz à effet de serre que l'huile de palme". C'est dans ce contexte que le Parlement européen recommande de favoriser "d'autres solutions plus *durables* pour l'utilisation de biocarburants, telles que les huiles … fabriquées à partir de colza ou de tournesol cultivé dans l'Union".[443]

7.259. Ainsi, selon ses propres termes, la résolution recommande d'interdire ou de faire progressivement cesser la consommation de biocarburant dérivé de l'huile de palme dans l'Union européenne pour des raisons ayant trait au risque d'émissions de GES liées aux CIAS. Elle reconnaît que cela pourrait avoir comme conséquence non voulue des effets de remplacement, dans les mêmes régions sensibles, qui pourraient avoir des conséquences bien plus grandes. Dans ce contexte, elle recommande de favoriser des mesures de rechange plus durables et envisage le colza et le tournesol cultivés dans l'Union pour éviter l'apparition de ce que l'on appelle dans la résolution les "huiles végétales tropicales de remplacement". Il apparaît que cette référence au colza et au tournesol cultivés dans l'Union n'est pas tant l'admission d'un objectif protectionniste qu'un exemple illustratif ("telles que …") de matières premières oléagineuses qui ne sont pas cultivées dans des régions tropicales où il existe un risque de remplacement par d'autres huiles végétales tropicales. De l'avis du Groupe spécial, il ne s'agit donc pas d'un élément de preuve indiquant que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a un objectif autre que de limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.260. Le Groupe spécial rappelle que, le 17 janvier 2018, le Parlement européen a demandé l'abandon progressif, pour 2021, du biocarburant dérivé de l'huile de palme dans le calcul des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. Comme pour la résolution du Parlement européen de 2017, le Groupe spécial ne voit rien dans l'amendement proposé qui aille à l'encontre de l'interprétation selon laquelle la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a pour objectif de limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Le fait que l'amendement proposé visait l'huile de palme comme seule matière première pour biocarburants devant être exclue de la comptabilisation aux fins de la

[440] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.691; et rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 420. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, pages 31 et 32; et *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphe 62.

[441] Rapports des Groupes spéciaux *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 8.91 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Canada – Périodiques*, pages 34 à 36); et *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphes 7.522 et 7.523.

[442] Résolution du Parlement européen du 4 avril 2017 (pièce MYS-102), paragraphes 76 et 77. Il convient de noter que, dans cette résolution, l'Union européenne "accueille avec satisfaction l'extension de la forêt primaire en Malaisie depuis 1990 mais reste préoccupé[e] par la déforestation en Indonésie, qui progresse actuellement à un rythme de 0,5% de perte totale tous les cinq ans" (Remarques générales, paragraphe 11).

[443] Résolution du Parlement européen du 4 avril 2017 (pièce MYS-102), paragraphes 82 et 83. (pas de mise en relief dans l'original)

réalisation des objectifs de consommation d'énergies renouvelables de l'UE n'indique pas, en soi, si une telle exclusion serait justifiée, ni ne remet en question l'objectif déclaré de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.261. Le Groupe spécial note que l'amendement proposé par le Parlement européen a suscité des préoccupations de fond à la Commission européenne au sujet de la compatibilité de ces amendements avec les obligations de l'Union européenne dans le cadre de l'OMC. La Malaisie a présenté en tant que pièce, à cet égard, un avis juridique interne concernant la compatibilité de l'amendement proposé avec le droit de l'UE et de l'OMC.[444] Le Groupe spécial note qu'il convient de se demander quel poids devrait être accordé à un tel avis juridique interne dans le contexte de son évaluation objective de la question.[445] Toutefois, abstraction faite de cette question, il considère que le contenu de cet avis n'identifie aucun aspect de l'avis qui remette en question l'objectif déclaré de la mesure consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures, ou qui soit incompatible avec cet objectif.

7.262. En outre, bien que l'avis juridique exprime effectivement des préoccupations concernant la compatibilité avec les règles de l'OMC de l'amendement proposé, qui aurait fait progressivement cesser l'utilisation du biocarburant dérivé de l'huile de palme pour 2021, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS qui a finalement été adoptée diffère sur un point important de cet amendement proposé. Alors que l'amendement proposé visait spécialement le biocarburant dérivé de l'huile de palme d'une manière qui a donné lieu aux préoccupations exprimées dans l'avis juridique, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS qui a été adoptée par la suite vise tous les biocarburants dérivés de cultures qui sont classifiés comme présentant un risque élevé de CIAS, et est mise en œuvre au moyen du Règlement délégué, qui énonce une formule qui s'applique d'une manière générale et égale à tous les biocarburants dérivés de cultures. Bien que l'application de cette formule fondée sur les données dont les autorités de l'Union européenne disposaient à partir de 2019 ait permis de conclure que le biocarburant dérivé de l'huile de palme était, à ce moment–là, le seul biocarburant dérivé de cultures considéré comme présentant un risque élevé de CIAS, cela ne change rien au fait que la formule s'applique d'une manière générale et égale à tous les biocarburants dérivés de cultures et peut, dans l'avenir, faire en sorte que d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses soient considérés comme des biocarburants présentant un risque élevé de CIAS. Il est possible que cette différence importante entre l'amendement proposé et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ait en fait été éclairée par l'avis juridique interne présenté concernant la possible compatibilité avec les règles de l'OMC de l'amendement proposé.

7.263. Le Groupe spécial passe maintenant à l'argument de la Malaisie selon lequel un objectif protectionniste peut être inféré d'"une multitude d'éléments"[446] montrant le caractère arbitraire de la formule et de la méthode de l'Union européenne qui ont abouti à la désignation du biocarburant dérivé du palmier à huile comme présentant un risque élevé de CIAS. La Malaisie énumère les éléments ci-après, en indiquant qu'elle les développe ailleurs dans ses communications: la "science" mentionnée dans le rapport d'état, ou son absence lorsque des données résultent de simples estimations et suppositions; le choix d'une période de référence qui couvre la période d'expansion de la superficie cultivée en palmiers à huile, mais ne couvre pas, comme par hasard, des périodes antérieures pendant lesquelles s'est principalement produite l'expansion de cultures oléagineuses autres que l'huile de palme; l'examen de données incohérentes se rapportant à des périodes différentes pour les différentes cultures et l'absence de données fiables cohérentes, ce qui signifie que les données utilisées pour calculer l'expansion dans le contexte du Règlement délégué ne peuvent pas être considérées comme fiables; le fait que l'Union européenne infère, à partir de données sur l'expansion antérieure, que les tendances définies vont se poursuivre; le choix arbitraire

[444] Lettre de la DG Commerce à la DG Énergie (pièce MYS-44).

[445] Dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes (Philippines) (article 21:5 – Philippines)*, le Groupe spécial a observé, dans des circonstances assez analogues, qu'"il [était] tout à fait normal que différentes personnes ou différents organismes au sein d'un gouvernement, ou qui conseill[aient] un gouvernement, aient des points de vue différents sur certaines questions juridiques. En outre, [il a considéré] qu'il [fallait] s'attendre à ce que le point de vue d'un Membre sur certaines questions puisse changer ou évoluer avec le temps. D'une manière plus générale, si une partie plaignante estim[ait] que certains arguments ou analyses contenus dans les avis d'un organisme [étaient] convaincants, elle [pouvait] alors présenter ces arguments ou analyses au Groupe spécial – le fait qu'un organe ou organisme de la partie défenderesse les ait rédigés ne contribu[ait] pas lui-même à la force des arguments ou analyses". (Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines) (article 21:5 – Philippines)*, paragraphe 7.52)

[446] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 53.

d'un seuil de 10% pour la part de la zone de production mondiale d'une matière première donnée qui gagne sur les terres présentant un important stock de carbone; et les règles d'une complexité prohibitive pour la détermination et la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse à faible risque de CIAS, qui ne permettront la certification que d'une quantité très limitée.

7.264. Le Groupe spécial observe que les arguments présentés ici par la Malaisie sont en grande partie les mêmes que ceux qu'elle avance dans le cadre de l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" de l'analyse au titre de l'article 2.1. Il estime qu'il est plus approprié de traiter les questions soulevées par la Malaisie en même temps que d'autres aspects de la conception et du fonctionnement de la mesure dans le cadre de l'examen correspondant à l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" au titre de l'article 2.1. En tout état de cause, il estime que, même si ces questions devaient être traitées dans le contexte de la formulation d'une constatation sur le point de savoir si la mesure a un objectif protectionniste, ses constatations au titre de l'article 2.1 n'étayent pas l'allégation de la Malaisie selon laquelle la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a un objectif protectionniste.

7.265. Le Groupe spécial comprend que l'argument d'ordre général de la Malaisie est que la prise en compte de tous les éléments de preuve examinés plus haut démontre que la classification de la culture du palmier à huile comme présentant un risque élevé de CIAS constitue simplement une justification a posteriori, au moyen de l'invention du concept de risque élevé de CIAS, destinée à interdire le biocarburant dérivé de l'huile de palme qui va dans le sens des déclarations protectionnistes antérieures des législateurs de l'UE. Comme le Groupe spécial l'a indiqué dès le départ, il admet que des éléments de preuve pris isolément les uns des autres peuvent devenir plus significatifs s'ils sont considérés dans leur totalité, dans la mesure où ils sont étroitement liés. Toutefois, il n'est pas convaincu que c'est ce qui ressort de l'examen des éléments de preuve dans leur totalité en l'espèce. Il ne voit rien dans les arguments et les éléments de preuve de la Malaisie qui contredit la conclusion selon laquelle l'objectif de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est la limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.266. Le Groupe spécial constate donc que la Malaisie n'a pas étayé son affirmation selon laquelle l'objectif réel des mesures est le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement.

#### 7.1.2.3.3.5 Conclusion concernant l'identification de l'objectif

7.267. Le Groupe spécial comprend que la raison d'être déclarée de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est la limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Il convient avec la Malaisie qu'il est approprié d'identifier l'objectif des mesures spécifiques en cause, par opposition aux objectifs plus vastes de la Directive RED II ou du régime de l'UE applicable aux biocarburants dans son ensemble. Il n'est pas convaincu par l'argument de l'Union européenne selon lequel il doit examiner en quoi les mesures visent à protéger la biodiversité et à répondre aux préoccupations relatives à la moralité publique de l'UE en tant qu'objectifs distincts de l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS. Le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a pas étayé son affirmation selon laquelle l'objectif réel des mesures est le protectionnisme sous le couvert de la protection de l'environnement.

### 7.1.2.3.4 Légitimité de l'objectif

7.268. Le Groupe spécial rappelle que l'identification des objectifs des mesures conditionne la nature et la portée des étapes ultérieures de l'analyse au titre de l'article 2.2, y compris l'évaluation de la question de savoir s'il s'agit d'un "objectif légitime". Le Groupe spécial va maintenant examiner si le fait de limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS présenté par les biocarburants dérivés de cultures est un objectif légitime.

7.269. La Malaisie présente des arguments impliquant que l'objectif déclaré n'est pas "légitime": elle fait valoir que les normes internationales pertinentes "excluent la prise en compte des CIAS"[447]; dans le contexte de l'article 2.1, elle affirme que, comme les CIAS ne peuvent être ni observés ni

[447] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 610 i).

mesurés, réguler les émissions de GES liées aux CIAS n'est pas "légitime"[448]; et elle conteste qu'il soit légitime d'agir sur les émissions de GES en dehors du propre territoire d'un Membre.

7.270. Le Groupe spécial commence par examiner si l'objectif particulier qui consiste à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS présenté par les biocarburants dérivés de cultures relève prima facie d'un ou de plusieurs des objectifs légitimes énoncés dans le texte de l'article 2.2, du préambule de l'Accord OTC et/ou de l'article XX. Après avoir procédé à cette analyse et avant de parvenir à une conclusion définitive sur la légitimité de l'objectif poursuivi, le Groupe spécial examinera un certain nombre de questions soulevées par les arguments de la Malaisie qu'il estime pertinentes pour l'appréciation de la légitimité de l'objectif. Ces questions sont notamment les suivantes: a) le statut des CIAS dans le cadre des normes internationales actuelles; b) l'existence d'un risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées à la production de biocarburants dérivés de cultures; et c) le fait que les activités agricoles et les CIAS et émissions de GES liées aux CIAS associés en question se produisent hors du territoire de l'Union européenne.

#### 7.1.2.3.4.1 Relation avec les objectifs légitimes spécifiés à l'article 2.2, dans le préambule de l'Accord OTC et à l'article XX

7.271. L'Organe d'appel a indiqué que les objectifs expressément énumérés à l'article 2.2 "constit[uaient] un point de référence permettant de déterminer quels autres objectifs [pouvaient] être considérés comme légitimes au sens de l'article 2.2" et que "les objectifs reconnus dans les dispositions d'autres accords visés [pouvaient] fournir des indications pour l'analyse de ce qui pourrait être considéré comme un objectif légitime au regard de l'article 2.2, ou [pouvaient] éclairer cette analyse".[449] Le Groupe spécial considère que les dispositions d'autres accords visés qui pourraient fournir des indications et éclairer l'analyse à cet égard comprennent tout particulièrement les objectifs énoncés dans les exceptions générales de l'article XX du GATT de 1994. Il examine maintenant si l'objectif spécifique consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS relève prima facie d'un ou de plusieurs des objectifs légitimes spécifiés dans le texte de l'article 2.2 et/ou de l'article XX.

7.272. Le Groupe spécial considère que, bien qu'il soit libre de développer son propre raisonnement à la lumière des arguments des parties[450], il n'est pas libre de plaider la cause de l'une ou l'autre des parties. Dans le contexte de son évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au titre de l'article XX, le Groupe spécial ne serait pas en mesure d'examiner l'applicabilité des exceptions générales d'une manière générale mais serait limité aux exceptions particulières invoquées par l'Union européenne. En conséquence, le Groupe spécial se concentre sur les alinéas de l'article XX mis en avant par l'Union européenne dans ses communications.

7.273. Premièrement, dans le contexte de l'article XX, l'Union européenne fait valoir que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est justifiée au regard de l'article XX g), en tant que mesure relative à la conservation des "ressources naturelles épuisables".

---

[448] Dans le contexte de ses arguments concernant l'étape "contribution" du critère de nécessité au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la Malaisie fait valoir que "les CIAS ne peuvent pas être observés ni mesurés et, par conséquent, il est impossible d'imputer les risques de CIAS exclusivement au biocarburant dérivé du palmier à huile"; qu'"il est impossible de déterminer précisément dans quelle mesure, le cas échéant, des émissions de GES liées aux CIAS se produisent"; et que "[l]es normes internationales relatives à l'empreinte carbone des produits tels que les biocarburants excluent aussi la prise en compte des CIAS." (Malaisie, première communication écrite, paragraphe 610 i)) Dans le contexte de ses arguments au titre de l'article 2.1, la Malaisie fait valoir, pour ces mêmes motifs, que réglementer les biocarburants sur la base du risque de CIAS n'est "pas légitime". (Malaisie, première communication écrite, paragraphes 574 à 577)

[449] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 313; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 370.

[450] L'Organe d'appel a indiqué que "le Groupe spécial n'[était] pas lié par les arguments avancés par une partie et [pouvait] utiliser ces arguments librement pour développer son propre raisonnement juridique afin d'étayer ses constatations et conclusions sur la question à l'examen. De plus, si son analyse était dictée uniquement par les arguments des parties, le Groupe spécial pourrait ne pas être en mesure de procéder à une évaluation objective de la question comme le prescrit l'article 11 du Mémorandum d'accord." (Rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Taxation*, paragraphe 5.171 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 156; *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 139; et *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, paragraphe 123))

7.274. L'Organe d'appel a déclaré que l'article XX g) visait les mesures destinées à "la préservation de l'environnement, en particulier de ressources naturelles"[451], et, dans des affaires antérieures, il a été constaté qu'un large éventail de politiques entraient dans le champ des mesures relatives à la conservation des ressources naturelles épuisables. L'Organe d'appel a estimé que l'expression "ressources naturelles épuisables" devait être analysée "à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement"[452] et a conclu que les "ressources naturelles épuisables" étaient à la fois les ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques.[453] Dans des affaires antérieures, il a été constaté que des mesures prises pour préserver l'air pur[454], les tortues marines[455], le pétrole[456] et diverses ressources minérales[457] étaient des mesures se rapportant à la conservation des "ressources naturelles épuisables" au titre de l'article XX g).

7.275. Le Groupe spécial note que la conservation des ressources naturelles épuisables n'est pas expressément mentionnée en tant qu'objectif légitime à l'article 2.2 ni dans le préambule de l'Accord OTC. Toutefois, l'un et l'autre font référence à "la protection de l'environnement" et l'article XX g) vise les mesures visant "la préservation de l'environnement, en particulier de ressources naturelles".[458] En d'autres termes, les mesures prises dans l'objectif de conserver les ressources naturelles épuisables au sens de l'article XX g) entrerait en principe dans le champ des mesures prises pour protéger "l'environnement" au sens de l'article 2.2 et du préambule de l'Accord OTC.

7.276. Le Groupe spécial rappelle que, comme il est indiqué aux considérants 80 et 81 de la Directive RED II, les mesures en cause visent à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS qui se produisent lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants entraînent le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation humaine et animale, ce qui se traduit par "une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières, provoquant un surcroît d'émissions de gaz à effet de serre".[459] Ainsi, les mesures visent à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures qui se produiraient lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants entraînent le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation humaine et animale, nécessitant une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières. L'objectif de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS se rapporte donc prima facie à la conservation d'une "ressource naturelle épuisable", à savoir les terres présentant un important stock de carbone (forêts, zones humides et tourbières). Par ailleurs, outre le fait que les terres présentant un important stock de carbone sont une ressource naturelle épuisable en elles–mêmes et à elles seules, le Groupe spécial considère que les mesures prises pour conserver ces terres et éviter ainsi les émissions de GES qui seraient libérées par leur utilisation sont liées à la conservation d'un large éventail de ressources naturelles épuisables qui sont menacées par l'augmentation des émissions de GES et les changements climatiques.

7.277. Le Groupe spécial est donc convaincu que l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures relève prima facie de l'objectif de "la conservation des ressources naturelles épuisables" au sens de l'article XX g) et de l'objectif de "la protection de l'environnement" énoncé à l'article 2.2 et dans le préambule de l'Accord OTC et est donc prima facie un "objectif légitime".

7.278. Deuxièmement, dans le contexte de l'article XX, l'Union européenne fait valoir que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est justifiée au regard de l'article XX b),

[451] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 355.
[452] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 129.
[453] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 131.
[454] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 16.
[455] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 131.
[456] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 128.
[457] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 128; et rapports du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphe 7.369.
[458] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 355.
[459] Considérant 81 de la Directive RED II.

en tant que mesure nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux où à la préservation des végétaux.

7.279. Le Groupe spécial note que, dans des affaires antérieures, il a été constaté qu'un large éventail de politiques entraient dans le champ des mesures prises pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux et préserver les végétaux. Il s'agissait notamment de politiques relatives à la réduction de la pollution de l'air résultant de la consommation d'essence[460], à la réduction des risques liés à l'accumulation de pneumatiques de rebut[461], et même à la protection des singes dans leur milieu naturel.[462]

7.280. Le Groupe spécial note que l'objectif consistant à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux est mentionné en tant qu'objectif légitime dans des termes très semblables à l'article XX b)[463], à l'article 2.2[464] et dans le préambule de l'Accord OTC.[465] Des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont indiqué qu'"il y [avait] peu d'intérêts plus "vitaux" et "importants" que la protection des êtres humains contre les risques pour la santé, et que la protection de l'environnement n'[était] pas moins importante".[466]

7.281. Le Groupe spécial rappelle que, comme il est indiqué aux considérants 80 et 81 de la Directive RED II, les mesures en cause visent à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a indiqué que les "mesures adoptées en vue d'atténuer le réchauffement de la planète et le changement du climat" relèveraient de l'article XX b) lorsqu'il a donné des indications sur la manière dont les groupes spéciaux devraient évaluer certains "problèmes complexes liés à la santé publique ou à l'environnement" au regard du critère de nécessité figurant à l'article XX b).[467] Dans l'affaire *Brésil – Taxation*, le Groupe spécial a constaté que "la réduction des émissions de $CO_2$ était l'une des politiques visées par l'alinéa b) de l'article XX, étant donné qu'elle [pouvait] relever de la catégorie des politiques qui prot[égeaient] la santé et la vie des personnes".[468] Le Groupe spécial ne voit aucune raison de ne pas être d'accord, étant donné que le réchauffement de la planète et les changements climatiques constituent l'une des plus grandes menaces pour la vie et la santé sur la planète. L'objectif qui consiste à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures se rapporte donc prima facie à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, ou à la préservation des végétaux.

7.282. Le Groupe spécial est donc convaincu que l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures relève prima facie de l'objectif de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux au sens de l'article XX b) et de l'article 2.2 et du préambule de l'Accord OTC et est donc prima facie un "objectif légitime".

7.283. Dans le contexte de l'article XX, l'Union européenne a fait valoir que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était justifiée au regard de l'article XX a), en tant que mesure nécessaire à la protection de la moralité publique.

7.284. Pour les raisons déjà exposées dans le contexte de son identification de l'objectif des mesures en cause, le Groupe spécial n'est pas convaincu qu'il soit nécessaire de rendre une décision additionnelle sur la question de savoir si l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures relèverait de l'objectif de protection

[460] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.21.
[461] Rapports du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphe 7.479 (faisant référence aux rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.21, et *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.108 et 7.115).
[462] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.108 et 7.115.
[463] L'article XX b) fait référence aux mesures "nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux".
[464] L'article 2.2 fait référence à la "protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, [et à] la préservation des végétaux".
[465] Le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC fait référence à "la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, [et] à la préservation des végétaux".
[466] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.108. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 179.
[467] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.
[468] Rapports du Groupe special, *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.880.

de la moralité publique de l'UE. À cet égard, le Groupe spécial fait observer qu'une constatation sur le point de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS poursuit également un "objectif légitime" de protection de la moralité publique de l'UE n'aurait aucune incidence sur l'issue de la procédure. Si le Groupe spécial devait convenir avec l'Union européenne que la même mesure qui vise les objectifs légitimes de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux et de préservation des végétaux et de conservation des ressources naturelles épuisables poursuit également l'objectif de protection de la moralité publique de l'UE, cela servirait simplement à établir un fondement additionnel pour la conclusion générale selon laquelle la mesure poursuit un objectif légitime aux fins de l'article 2.2. Si le Groupe spécial devait convenir avec la Malaisie que la mesure ne poursuit pas l'objectif de protection de la moralité publique de l'UE, cela ne modifierait pas la conclusion selon laquelle la mesure poursuit les objectifs légitimes de protection de la vie et de la santé des personnes et des animaux et de préservation des végétaux et de conservation des ressources naturelles épuisables.

7.285. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial constate que l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures est prima facie un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2, étant donné que cet objectif entre prima facie dans le champ des politiques relatives à la conservation des ressources naturelles épuisables (forêts, zones humides et tourbières) et à l'environnement d'une manière plus générale, et entre aussi prima facie dans le champ des politiques visant la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux. Avant de parvenir à une conclusion définitive sur la légitimité de l'objectif poursuivi, le Groupe spécial estime toutefois nécessaire d'examiner et de traiter un certain nombre de questions soulevées par les arguments de la Malaisie qu'il estime pertinentes pour l'appréciation de la légitimité de l'objectif. Bien que certaines de ces questions soient liées entre elles, le Groupe spécial les examine successivement dans un souci de clarté analytique.

#### 7.1.2.3.4.2 Statut des CIAS dans le cadre des normes internationales actuelles

7.286. L'article 2.4 de l'Accord OTC dispose que les Membres utiliseront les normes internationales pertinentes comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou leurs éléments pertinents seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les objectifs légitimes recherchés. Comme l'article 2.4 prévoit qu'il peut y avoir des situations dans lesquelles fonder un règlement technique sur les normes internationales serait inefficace ou inapproprié pour réaliser l'objectif légitime recherché, il s'ensuit que l'évaluation du point de savoir si l'objectif d'une mesure est "légitime" ne peut pas être fondée uniquement sur la relation entre la mesure et les normes internationales.

7.287. Toutefois, le Groupe spécial considère que son évaluation de la légitimité de la limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS présenté par les biocarburants dérivés de cultures devrait commencer par la manière dont le CIAS est traité dans le cadre des normes internationales citées par les parties au différend. La raison en est que les arguments de la Malaisie impliquent non seulement que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne sont pas fondées sur les normes internationales pertinentes, mais aussi que l'objectif même des mesures – c'est–à–dire limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures – est en contradiction avec de multiples normes internationales pertinentes.

7.288. En effet, si le Groupe spécial devait faire la même lecture de ces normes que la Malaisie et constater que les normes ISO mentionnées "excluent la prise en compte des CIAS"[469] dans le contexte des mesures visant à réglementer les émissions de GES, ce qui est le point de vue que la Malaisie fait valoir dans le contexte de ses arguments au titre de l'article 2.2, cela serait très pertinent pour l'appréciation par le Groupe spécial de la légitimité de l'objectif des mesures consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Comme le Groupe spécial l'a déjà expliqué lorsqu'il a exposé l'ordre de son analyse pour les allégations au titre de l'Accord OTC, c'est pour cette raison qu'il a commencé son analyse des allégations au titre de l'Accord OTC par l'allégation au titre de l'article 2.4.

7.289. Dans le contexte de l'examen de l'allégation au titre de l'article 2.4, le Groupe spécial a conclu que la norme ISO 13065:2015 excluait d'une manière générale les effets liés aux CIAS, en

[469] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 610 i).

tant qu'effets indirects, de sa méthode et que la norme ISO 14067:2018 les excluait expressément de la méthode ACV utilisée pour *quantifier* les émissions de GES, mais qu'aucune des normes ne contenait un libellé qui *empêchait* un organisme de réglementation de traiter les CIAS selon sa propre approche en dehors des méthodes normalisées. Ainsi, le Groupe spécial a constaté que les normes ne couvraient pas les CIAS et a observé que l'absence d'harmonisation internationale ne signifiait pas que les pays ne pouvaient pas agir et élaborer leurs propres approches en ce qui concerne les sujets de préoccupation. En d'autres termes, les conclusions auxquelles le Groupe spécial est parvenu dans le contexte de son analyse des normes ISO au titre de l'article 2.4 ne remettent pas en cause son évaluation selon laquelle l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS présenté par les biocarburants dérivés de cultures est prima facie un objectif légitime aux fins de l'article 2.2 et, de fait, ces conclusions sont pleinement compatibles avec cette évaluation.

7.290. Le Groupe spécial conclut donc, à la lumière de ses constatations au titre de l'article 2.4, que les normes ISO mentionnées par la Malaisie n'"excluent pas la prise en compte des CIAS" dans le contexte des mesures visant à réglementer les émissions de GES.

#### 7.1.2.3.4.3 Existence d'un risque d'émissions de GES liées aux CIAS présenté par la production de biocarburants dérivés de cultures

7.291. La Malaisie présente des arguments impliquant que l'objectif déclaré n'est pas "légitime" au motif que, comme les CIAS ne peuvent être ni observés ni mesurés, réguler les émissions de GES liées aux CIAS n'est pas "légitime".[470] Entre autres choses, elle indique que les CIAS sont "fondés sur des hypothèses non étayées".[471]

7.292. Le Groupe spécial observe que, dans le contexte de l'article XX b), pour évaluer si une mesure était prise pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, des groupes spéciaux antérieurs ont souvent commencé leur analyse en déterminant l'existence du risque pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux (le risque sanitaire) que la mesure contestée visait à réduire.[472] Par exemple, dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a déterminé, lors de la première étape de son analyse, si l'amiante chrysotile présentait un risque pour la santé et la vie des personnes.[473] Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, le Groupe spécial a commencé par évaluer si l'accumulation de pneumatiques de rebut présentait des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux.[474] Comme l'a observé le Groupe spécial *CE – Amiante*, "les termes "politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes", dans la mesure où ils incluent la notion de "protection", impliquent l'existence d'un risque sanitaire".[475]

7.293. Dans une affaire plus récente au titre de l'article XX, le Groupe spécial *Turquie – Produits pharmaceutiques (UE)* a passé en revue des décisions antérieures au titre de l'article XX b), a) et j) et a conclu que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel avaient généralement exigé du Membre qui réglementait qu'il "démontre, au minimum, que le risque affirmé … était plus qu'une possibilité purement hypothétique" et que, "dans le contexte de l'article XX b), comme dans le contexte des autres alinéas de l'article XX, une partie qui invoqu[ait] une exception générale [devait] indiquer un certain degré de probabilité que le risque allégué existe".[476] Après avoir rappelé des rapports

[470] Dans le contexte de ses arguments concernant l'étape "contribution" du critère de nécessité au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la Malaisie fait valoir que "les CIAS ne peuvent pas être observés ni mesurés et, par conséquent, il est impossible d'imputer les risques de CIAS exclusivement au biocarburant dérivé du palmier à huile"; qu'"il est impossible de déterminer précisément dans quelle mesure, le cas échéant, des émissions de GES liées aux CIAS se produisent"; et que "[l]es normes internationales relatives à l'empreinte carbone des produits tels que les biocarburants excluent aussi la prise en compte des CIAS." (Malaisie, première communication écrite, paragraphe 610 i)) Dans le contexte de ses arguments au titre de l'article 2.1, la Malaisie fait valoir, pour ces mêmes motifs, que réglementer les biocarburants sur la base du risque de CIAS n'est "pas légitime". (Malaisie, première communication écrite, paragraphes 574 à 577)

[471] Malaisie, déclaration liminaire à la réunion du Groupe spécial, paragraphe 30.

[472] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Amiante*, paragraphe 8.170; *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.42; *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.156; *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.859; et *Indonésie – Poulet*, paragraphe 7.209.

[473] Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.170, 8.182 et 8.185 à 8.194.

[474] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.42 et 7.53 à 7.93.

[475] Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.170. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.197.

[476] Rapport du Groupe spécial *Turquie – Produits pharmaceutiques (UE)*, paragraphe 7.170.

antérieurs de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel concernant l'approche adoptée vis–à–vis de mesures visant à limiter les risques, le Groupe spécial a déclaré ce qui suit:

> Le Groupe spécial ne considère pas qu'il y ait un quelconque seuil ou critère en matière de preuve rigide ou prédéterminé qui doive être appliqué à cet égard. Dans la mesure où une partie défenderesse présente des éléments de preuve et des arguments démontrant qu'il existe un degré élevé de probabilité qu'un risque spécifié pour la santé et la vie des personnes se concrétise, il lui sera plus facile de s'acquitter de la charge qui lui incombe de prouver que la mesure contestée a été prise pour protéger contre ce risque et peut donc être considérée comme une mesure prise pour protéger la santé et la vie des personnes au titre de l'article XX b). À l'inverse, dans la mesure où une partie défenderesse affirme l'existence d'un risque sans établir un degré élevé de probabilité, de sorte qu'il apparaît que le risque est théorique, abstrait ou autrement hypothétique, il lui sera plus difficile de s'acquitter de la charge qui lui incombe de prouver que la mesure contestée a été prise pour protéger contre ce risque.[477]

7.294. Le Groupe spécial ne voit aucune raison de suivre une approche différente dans le contexte de l'article 2.2. En conséquence, il va examiner si le risque d'émissions de GES liées aux CIAS causées par la production de biocarburants dérivés de cultures est un risque dont il apparaît qu'il est théorique, abstrait ou autrement hypothétique, ou est au contraire un risque qui peut être établi avec un degré élevé de probabilité. Pour évaluer cette question, le Groupe spécial considère que le critère d'examen approprié consiste à savoir si l'Union européenne avait une base raisonnable pour conclure que l'accroissement de la demande de biocarburants dérivés de cultures augmentait le risque d'émissions de GES liées aux CIAS.[478]

7.295. Le Groupe spécial rappelle que la partie pertinente du considérant 81 de la Directive RED II, déjà cité intégralement plus haut dans la présente section, explique ce qui suit:

> Un changement indirect dans l'affectation des sols se produit lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse entraînent le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation humaine ou animale. Cette demande supplémentaire intensifie la pression qui s'exerce sur les terres et peut se traduire par une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières, provoquant un surcroît d'émissions de gaz à effet de serre.

7.296. De l'avis du Groupe spécial, l'idée qu'une augmentation de la demande de biocarburants dérivés de cultures augmente le risque d'émissions de GES liées aux CIAS est une affirmation simple. De fait, il apparaît qu'elle est le corollaire logique de certains faits connus relatifs à la production de produits agricoles, et il n'apparaît pas que les arguments de la Malaisie contestent effectivement l'un quelconque de ces faits.

7.297. Le Groupe spécial croit comprendre que, comme les terres agricoles disponibles sont limitées, toute demande accrue de biocarburants dérivés de cultures ne peut être satisfaite que par: 1) une augmentation de la productivité sur les terres agricoles existantes, 2) une expansion vers des terres non agricoles (y compris des terres présentant un important stock de carbone), ou 3) une expansion vers des terres agricoles existantes aux dépens de la culture à d'autres fins.

7.298. Le Groupe spécial ne croit pas comprendre que la Malaisie laisse entendre qu'il soit possible de répondre à une demande accrue de biocarburants dérivés de cultures exclusivement en augmentant le rendement des terres agricoles existantes. D'après le rapport d'étude, les preuves scientifiques indiquent que l'augmentation des rendements potentiels, c'est–à–dire le rendement qui peut être atteint avec la technologie actuelle dans des conditions optimales, se situe entre 0,6% et 1,1% par an.[479] Toutefois, il y a une incertitude s'agissant de savoir si ce taux d'augmentation du

[477] Rapport du Groupe spécial *Turquie – Produits pharmaceutiques (UE)*, paragraphe 7.171.

[478] Le Groupe spécial donne des précisions sur le critère d'examen dans le contexte de l'examen de l'allégation au titre de l'article 2.1, lorsqu'il examine divers calculs conduisant au classement de l'huile de palme en tant que matière première présentant un risque élevé de CIAS, ainsi que les données et hypothèses sous-jacentes.

[479] Rapport d'étude (2017) (pièce EU-28), page 63, faisant référence à Baldos et Hertel, 2016; et Burney, Davis et Lobell, 2010.

rendement potentiel pourrait être maintenu[480] et si des augmentations de rendement pour certaines cultures peuvent répondre aux niveaux globaux accrus de la demande.

7.299. Le Groupe spécial observe en outre que, même si une demande accrue de biocarburants dérivés de cultures pouvait être satisfaite exclusivement par une augmentation des cultures destinées à l'alimentation humaine et animale sur les terres agricoles existantes, il n'en resterait pas moins qu'en exploitant ces gains de productivité pour la fourniture de telles cultures aux fins de la production de biocarburants, l'offre additionnelle de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale obtenue grâce aux gains de productivité ne serait alors pas disponible pour l'alimentation humaine et animale. Ainsi, à moins que la demande alimentaire mondiale ne reste constante (ou ne diminue), l'utilisation de rendements accrus de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale pour répondre à la demande de biocarburants ferait que ces cultures ne seraient pas disponibles pour être utilisées aux fins de l'alimentation humaine et animale et, en ce sens, seraient détournées d'une telle utilisation.

7.300. Le Groupe spécial rappelle qu'il n'est pas possible de répondre à une demande accrue de biocarburants dérivés de cultures dans l'UE en étendant la production de biocarburants destinés au marché de l'UE à des terres non agricoles (y compris des terres présentant un important stock de carbone). En vertu des Directives RED I et RED II, toutes cultures destinées à la production de biocarburants produites sur des terres présentant un important stock de carbone ne pourront pas être comptabilisées aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables compte tenu des critères de durabilité et relatifs aux émissions de GES énoncés à l'article 29. En conséquence, les fournisseurs sont incités à desservir le marché de l'UE soit en utilisant des terres servant à la production de biocarburants existantes (soit en augmentant la productivité, soit en captant une partie de la production de biocarburants destinée à des marchés autres que l'UE), soit en étendant la production de biocarburants à des terres agricoles existantes ne servant pas à la production de biocarburants.

7.301. Il est donc hautement probable que la demande accrue de biocarburants dérivés de cultures sera satisfaite, dans le cas de la demande de biocarburants de l'UE, par une expansion de la production de biocarburants vers des terres agricoles existantes aux dépens de la culture à d'autres fins. Étant donné que la demande mondiale de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale a augmenté et qu'il est peu probable qu'elle diminue prochainement, il s'ensuit qu'il existe une probabilité importante que la production destinée à l'alimentation humaine et animale remplacée par la production de biocarburants dérivés de cultures s'étende à des terres non agricoles, y compris à des terres présentant un important stock de carbone, en l'absence d'une amélioration importante du rendement.

7.302. Le Groupe spécial comprend qu'il n'est pas certain que la production destinée à l'alimentation humaine et animale remplacée par la production de biocarburants dérivés de cultures s'étende à des terres sans antécédents de production agricole, telles que les pâturages, les savanes ou les forêts (c'est–à–dire à des terres non agricoles). Il comprend également que, dans les cas où une telle expansion se produit, les terres qui seront transformées en nouvelles terres agricoles ne seront pas nécessairement des forêts, des tourbières ou d'autres terres présentant un important stock de carbone propres à susciter des préoccupations concernant les émissions de GES. Toutefois, il est clair que l'accroissement de la demande de produits agricoles est un moteur essentiel de la déforestation.[481]

7.303. En résumé, le biocarburant dérivé de cultures est un produit provenant de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale et utilisant des terres agricoles qui peuvent aussi être utilisées à d'autres fins (par exemple la production alimentaire). Si le biocarburant est produit à partir de produits alimentaires ou de matières premières et/ou de terres agricoles précédemment utilisées pour la production alimentaire, la demande de produits alimentaires doit alors être satisfaite par une production alimentaire qui s'étend à des terres non agricoles ou remplace d'autres productions de

[480] 3 Rapport d'étude (2017) (pièce EU-28), page 64.

[481] Voir, par exemple, la Résolution du Parlement européen du 4 avril 2017 (pièce MYS-102), paragraphe 4, notant que "73% de la déforestation mondiale résulte du défrichement de terres réalisé pour la production de matières premières agricoles, et que 40% de la déforestation mondiale est imputable au passage à des plantations en monoculture de palmiers à huile à grande échelle".

cultures qui, à leur tour, s'étendent à des terres non agricoles, si la demande alimentaire mondiale ne diminue pas, et/ou si la productivité n'augmente pas, d'une quantité correspondante.

7.304. Un examen des éléments de preuve présentés par les parties en ce qui concerne les risques liés aux CIAS associés aux biocarburants dérivés de cultures donne à penser que cette question a fait l'objet d'une attention accrue dans la littérature, y compris dans des publications examinées par les pairs et dans les rapports du GIEC. Le rapport du GIEC *Changement climatique et terres émergées* note que "[l]a bioénergie produite à partir de cultures dédiées est dans certains cas tenue responsable des émissions de GES résultant d'un changement indirect d'affectation des sols (CIAS), c'est–à–dire que l'activité bioénergétique peut entraîner le déplacement d'activités agricoles ou forestières vers d'autres lieux, en raison d'effets induits par le marché". Le rapport indique en outre que "les émissions liées aux CIAS sont potentiellement plus importantes pour les matières premières dérivées de cultures telles que le maïs, le blé et le soja que pour les biocarburants avancés dérivés de matières lignocellulosiques".[482] Bien que le rapport du GIEC contienne une déclaration concernant la "faible confiance dans l'attribution des émissions liées aux CIAS à la bioénergie", il apparaît que ses constatations sont compatibles avec celles du rapport d'étude.[483] Les deux rapports reconnaissent la variabilité et, par conséquent, l'incertitude, dans l'estimation des émissions de GES liées aux CIAS attribuées aux biocarburants. Il apparaît que cette déclaration lue dans son contexte porte uniquement sur l'incertitude et la variabilité qui entourent l'attribution d'un effet lié aux CIAS particulier à une matière première particulière et non, plus généralement, sur une évaluation d'une faible confiance dans l'affirmation selon laquelle il existe un lien de causalité entre la production de biocarburants dans son ensemble et les effets liés aux CIAS.

7.305. En outre, l'examen des études de modélisation des CIAS existantes figurant dans le rapport d'étude, qui concernent la *quantification* des émissions de GES, révèle que les estimations de modélisation des émissions de GES liées aux CIAS associées à la demande de biocarburants varient en fonction de la conception de l'étude, de l'approche méthodologique, des hypothèses relatives aux paramètres, des scénarios envisagés, des facteurs omis, des définitions de variables spécifiques et des sources de données. L'existence d'une grande variabilité dans les estimations de modélisation fait qu'il est difficile d'évaluer avec exactitude la *quantité* spécifique d'émissions de GES liées aux CIAS par types spécifiques de cultures destinées à la production de biocarburants conventionnels. Cela dit, bien que le nombre d'études de modélisation sur les biocarburants avancés soit limité, les estimations disponibles des émissions de GES liées aux CIAS attribuées aux biocarburants dérivés de cultures ont tendance à être, en moyenne, plus élevées que les estimations des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants avancés.[484] Cela s'explique en grande partie par le fait que, contrairement aux biocarburants conventionnels, les biocarburants avancés ne concurrencent pas directement la production de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale. Cette constatation est compatible avec l'hypothèse sous–jacente de la Directive RED II selon laquelle les biocarburants conventionnels présentent un risque d'émissions de GES liées aux CIAS plus élevé que les biocarburants avancés. Il s'ensuit que, toutes choses étant égales par ailleurs, les études de modélisation économique corroborent la conclusion selon laquelle une augmentation de la demande et de la production de biocarburants conventionnels accroît le risque d'émissions de GES liées aux CIAS, ou, du moins, ne remettent pas en cause cette conclusion.

7.306. La question de savoir si les CIAS peuvent être mesurés, observés ou quantifiés précisément ne permet pas de savoir si la production de biocarburants dérivés de cultures crée un *risque* d'émissions de GES liées aux CIAS. Si davantage de biocarburant est produit à partir de terres de culture précédemment utilisées pour la production alimentaire, la demande de produits alimentaires doit ensuite être satisfaite par une production alimentaire qui s'étend à des terres non agricoles ou remplace d'autres productions de cultures qui, à leur tour, s'étendent à des terres non agricoles, si la demande alimentaire mondiale ne diminue pas, et/ou si la productivité n'augmente pas, d'une quantité correspondante. L'existence d'un lien de causalité entre le risque d'émissions de GES liées aux CIAS et la production de biocarburants dérivés de cultures, et plus spécifiquement l'existence d'un risque d'émissions de GES liées aux CIAS découlant de l'accroissement de la demande de biocarburants dérivés de cultures dans l'UE est plus que "théorique" du point de vue du Groupe spécial. Essayer d'évaluer si les émissions de GES associées à une expansion particulière vers des terres présentant un important stock de carbone, ou à un taux d'expansion d'une culture spécifique,

[482] Rapport du GIEC "Changement climatique et terres émergées" (pièces EU-225, MYS-89), section 2.6.1.5.
[483] Rapport d'étude (2017) (pièce EU-28).
[484] Rapport d'étude (2017) (pièce EU-28), pages 8 et 9.

pourraient être attribuées à la demande de biocarburants de l'UE est une autre question. Toutefois, cela n'est pas ce que les mesures visent à accomplir, car elles ne font pas de distinction entre les moteurs spécifiques de l'expansion vers des terres présentant un important stock de carbone, comme cela est expliqué plus avant dans la section traitant de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.1.

7.307. Par conséquent, à l'heure actuelle et sous réserve de l'évolution technologique future, le Groupe spécial considère qu'il y a un risque qu'une demande additionnelle de biocarburants dérivés de cultures augmente le risque d'émissions de GES liées aux CIAS. Le Groupe spécial ne considère pas le risque que des émissions de GES liées aux CIAS soient causées par la production de biocarburants dérivés de cultures comme un risque dont il apparaît qu'il est théorique, abstrait ou autrement hypothétique. Il s'agit en fait d'un risque probable d'après les faits connus et les éléments de preuve présentés en l'espèce.

7.308. Le Groupe spécial conclut qu'il existe une base raisonnable permettant à l'Union européenne de conclure qu'une augmentation de la demande de biocarburants dérivés de cultures augmente le risque d'émissions de GES liées aux CIAS. Il note que cette conclusion laisse ouverte toutes questions relatives à la *quantification* des émissions de GES liées aux CIAS, et qu'elle laisse également ouvertes toutes les questions se rapportant au point de savoir s'il existe une base solide pour conclure que des biocarburants conventionnels différents présentent des niveaux de risque de CIAS différents. Le Groupe spécial revient sur cette dernière question dans le contexte de l'étape de l'analyse au titre de l'article 2.1 relative à la "distinction réglementaire légitime".

#### 7.1.2.3.4.4 Activités agricoles et CIAS et émissions de GES liées aux CIAS associés en question se produisant hors du territoire de l'Union européenne

7.309. Le Groupe spécial note que le libellé de l'article 2.2 et de l'article XX ne parle d'aucune limitation territoriale ou de juridiction concernant le champ des mesures qui peuvent être examinées au titre de ces articles, et la Malaisie n'a initialement soulevé aucune question à cet égard dans le contexte de la présentation de ses arguments au titre de l'article 2.2 (ou ailleurs). Dans sa première communication écrite, l'Union européenne a avancé une série d'arguments à l'appui de son point de vue selon lequel il n'y avait aucune limitation territoriale explicite ou implicite dans l'article XX du GATT de 1994 ou dans l'article 2.2 de l'Accord OTC. La Malaisie, sans examiner directement l'argument de l'Union européenne, a déclaré qu'elle "appelle[rait] l'attention du Groupe spécial sur les observations bien prises en compte et utiles sur cette question formulées par la Colombie dans sa communication en tant que tierce partie"[485], dans laquelle la Colombie fait valoir qu'il existe une limitation de juridiction implicite de l'article XX du GATT de 1994.

7.310. Dans ces circonstances, le Groupe spécial considère que son appréciation de la légitimité de l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS présenté par les biocarburants dérivés de cultures devrait tenir compte du fait qu'on s'attend à ce que les activités agricoles et les CIAS et émissions de GES liées aux CIAS associés en question se produisent principalement en dehors du territoire de l'Union européenne.

7.311. Le Groupe spécial rappelle que les objectifs expressément énumérés à l'article 2.2, ainsi que ceux qui sont énoncés à l'article XX, constituent un point de référence permettant de déterminer quels autres objectifs peuvent être considérés comme légitimes au sens de l'article 2.2.[486] À cet égard, le Groupe spécial note qu'aucun des exemples d'"objectifs légitimes" énumérés dans le texte de l'article 2.2 ne comporte nécessairement une quelconque limitation de juridiction ou territoriale inhérente, et il peut être difficile de concilier une telle limitation avec des objectifs tels que "l'environnement". De même, les objectifs énoncés à l'article XX g) ("conservation des ressources naturelles épuisables") et b) (protection de la "santé et de la vie des personnes et des animaux ou … préservation des végétaux"), que le Groupe spécial estime particulièrement pertinents pour son analyse pour les raisons déjà indiquées plus haut dans la présente section, ne comportent aucune limitation de juridiction ou territoriale inhérente. Le Groupe spécial note en outre que, bien que l'Annexe A 1) a), b) et c) de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Accord SPS) précise que les mesures SPS comprennent uniquement les mesures appliquées pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux "sur le territoire

[485] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 207.
[486] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 313.

du Membre", il n'y a pas de qualification textuelle semblable dans l'article 2.2 ni dans l'article XX (ni, plus généralement, dans la définition des mesures OTC figurant à l'Annexe 1.1, 1.2 et 1.3).

7.312. Des décisions antérieures de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994 ont traité de situations dans lesquelles la mesure contestée faisait une distinction entre les produits sur la base des méthodes de pêche et de récolte employées en dehors de la propre juridiction et du propre territoire du Membre l'ayant adoptée. Il s'agit notamment des affaires *États-Unis – Crevettes*, *États-Unis – Thon II (Mexique)* et *CE – Produits dérivés du phoque*. Ces affaires antérieures donnent à penser que le fait que l'intérêt qui est protégé est situé hors du territoire du Membre ayant adopté la mesure n'est pas, en soi, un obstacle à la justification possible d'une mesure au regard de l'article XX du GATT de 1994, ni même au regard de l'Accord OTC.

7.313. Dans le même temps, le Groupe spécial est conscient du fait que, dans les affaires antérieures, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont abstenus de rendre de quelconques décisions interprétatives générales sur l'existence d'une quelconque limitation de juridiction ou territoriale implicite dans l'article 2.2 et l'article XX. Dans les affaires *États-Unis – Crevettes* et *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a évalué s'il y avait un "lien suffisant" entre le Membre qui réglementait et les activités réglementées.[487] Le Groupe spécial estime approprié de suivre une approche semblable et de se concentrer sur les arguments et les circonstances pertinents propres à l'affaire.

7.314. Le Groupe spécial note que les mesures en cause dans le présent différend concernent le changement d'affectation des sols en tant que question liée aux émissions de GES, qui sont liées aux changements climatiques. Les changements climatiques sont intrinsèquement mondiaux par nature. Par conséquent, il existe un lien entre le territoire de l'UE et l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS.

7.315. En outre, le Groupe spécial ne considère pas que les mesures puissent être qualifiées comme réglementant les émissions de GES hors de l'Union européenne. Les mesures visent à réglementer la question de savoir si et dans quelle mesure les produits qui approvisionnent le marché des combustibles utilisés pour les transports de l'UE peuvent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, et à remédier aux incidences négatives en termes de CIAS que la *demande de l'UE* en biocarburants dérivés de cultures pourrait avoir. À cet égard, l'objectif de la Directive RED II est de promouvoir l'utilisation d'énergies vertes renouvelables dans le secteur des transports de l'UE pour des raisons environnementales et, en particulier, de réduire les émissions de GES et de lutter contre le changement climatique; l'Union européenne a estimé que l'augmentation de la demande de biocarburants dérivés de cultures dans l'UE pourrait compromettre la réalisation de cet objectif; et les mesures réglementent donc la demande de ces produits dans l'UE. Enfin, le Groupe spécial observe que les émissions de GES liées aux CIAS provenant de biocarburants dérivés de cultures que l'Union européenne cherche à limiter n'ont pas exclusivement lieu hors des frontières de l'Union européenne et pourraient très bien se produire également sur le propre territoire de l'Union.

7.316. Le Groupe spécial constate qu'il y a un lien suffisant entre le Membre qui réglemente et les activités réglementées.

[487] Dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a déclaré ce qui suit: "[n]ous ne nous prononçons pas sur la question de savoir s'il existe une limitation de juridiction implicite dans l'article XX g) ni, si c'est le cas, sur la nature ou la portée de cette limitation. Nous observons seulement que, au vu des circonstances particulières de l'affaire dont nous sommes saisis, il existe un lien suffisant entre les populations marines migratrices et menacées d'extinction considérées et les États-Unis aux fins de l'article XX g)." (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 133) Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a indiqué ce qui suit: "le régime de l'UE applicable aux produits dérivés du phoque est conçu pour viser les activités de chasse au phoque ayant lieu "tant dans la Communauté qu'en dehors de celle-ci" et répondre aux préoccupations "des citoyens et des consommateurs" des États membres de l'UE liées à la question du bien-être des phoques. Sur cette base, et étant donné que les participants convenaient qu'il existait un "lien suffisant" entre les préoccupations morales du public et les activités visées par la mesure, d'une part, et l'Union européenne, d'autre part, l'Organe d'appel n'a pas jugé nécessaire d'examiner plus avant cette question d'"importance systémique" aux fins du règlement de ce différend. (Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.173)

#### 7.1.2.3.4.5 Conclusion concernant la légitimité de l'objectif

7.317. Le Groupe spécial constate que l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures est un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2, étant donné que cet objectif entre dans le champ des politiques relatives à la conservation des ressources naturelles épuisables (forêts, zones humides et tourbières) et à l'environnement d'une manière plus générale, et entre aussi dans le champ des politiques visant la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux. Il conclut, à la lumière de ses constatations au titre de l'article 2.4, que les normes ISO mentionnées par la Malaisie n'"excluent pas la prise en compte des CIAS" dans le contexte des mesures visant à réglementer les émissions de GES. Il conclut qu'il existe une base raisonnable permettant à l'Union européenne de conclure qu'une augmentation de la demande de biocarburants dérivés de cultures augmente le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Le Groupe spécial conclut en outre qu'il y a un lien suffisant entre le Membre qui réglemente et les activités réglementées.

7.318. Le Groupe spécial constate donc que l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures est un "objectif légitime" aux fins de l'article 2.2.

### 7.1.2.3.5 Caractère restrictif pour le commerce, risques que la non-réalisation entraînerait et contribution à l'objectif

7.319. Après que le Groupe spécial a constaté que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS visent à réaliser un "objectif légitime", l'étape suivante de son analyse consiste à parvenir à une "conclusion préliminaire"[488] sur le point de savoir si les mesures sont nécessaires pour réaliser cet objectif légitime. Cela consiste en une analyse relationnelle fondée sur un processus de "soupesage et mise en balance" de trois facteurs:

a. le caractère restrictif pour le commerce de la mesure;

b. les risques que la non–réalisation de l'objectif entraînerait; et

c. le degré de contribution de la mesure à l'objectif.

7.320. Les parties présentent des arguments opposés en ce qui concerne chacun de ces facteurs. Le Groupe spécial examinera chaque facteur individuellement, puis exposera le soupesage et la mise en balance de ses constatations concernant chaque facteur afin de parvenir à une conclusion préliminaire sur la nécessité des mesures en cause au titre de l'article 2.2.

#### 7.1.2.3.5.1 Caractère restrictif pour le commerce

7.321. Le Groupe spécial commence par le premier facteur énoncé plus haut, à savoir le caractère restrictif pour le commerce de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

7.322. Le Groupe spécial rappelle que, en vertu du critère juridique applicable et suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes, un règlement technique est "restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2 dans la mesure où il a "un effet limitatif sur le commerce international".[489] Dans des affaires antérieures, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont confirmé que la démonstration du caractère restrictif pour le commerce "pourrait être fondée sur des arguments et éléments de preuve qualitatifs, quantitatifs ou les deux, y compris des éléments de preuve relatifs aux caractéristiques de la mesure contestée révélées par sa conception et son fonctionnement".[490] Lorsqu'un groupe spécial considère que la conception et la structure d'une mesure suffisent à établir qu'elle aura "un

[488] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphes 5.203 et 5.204 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 156).

[489] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1072; et rapports de l'Organe d'appel *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphes 6.384 à 6.386.

[490] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1072; et rapports de l'Organe d'appel *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphes 6.384 à 6.386.

effet limitatif sur le commerce", il n'est pas nécessaire qu'il formule des constatations sur les effets réels sur le commerce, ou les effets prévus, de la mesure contestée.[491]

7.323. La Malaisie fait valoir qu'en établissant une limitation de la quantité totale de biocarburants dérivés de cultures pouvant être comptabilisés aux fins de la réalisation de l'objectif de 14% dans l'Union européenne pour le secteur des transports (l'intégralité de la demande de biocarburants dérivés de cultures dans l'UE étant essentiellement définie par le régime RED II), la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ont, de par leur conception, un "effet limitatif sur le commerce" dans la mesure où des biocarburants dérivés de cultures sont importés dans l'Union européenne.[492]

7.324. Il est d'accord. Au titre de la Directive RED II, l'objectif global concernant la part de l'énergie renouvelable devant être utilisée dans le secteur des transports est fixé à 14% pour 2030. Les mesures en cause établissent une limitation expresse de la quantité totale de biocarburants dérivés de cultures pouvant être comptabilisés aux fins de la réalisation de l'objectif de 14%. Il n'est pas contesté que l'intégralité du marché des biocarburants conventionnels de l'UE est essentiellement régie par le régime RED II, en ce que la demande de biocarburants ne pouvant pas être comptabilisés aux fins de la réalisation de l'objectif de 14% est faible, voire inexistante. Les biocarburants dérivés de cultures soumis à la part maximale de 7% comprennent (sans nécessairement s'y limiter) les biocarburants dérivés de cultures importés dans l'Union européenne, et le biocarburant dérivé de l'huile de palme est également importé dans l'Union européenne. Il s'ensuit que les mesures en cause ont, de par leur conception, un effet limitatif sur le commerce international.

7.325. L'Union européenne présente plusieurs arguments destinés à montrer que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne sont pas des mesures "restrictives pour le commerce".[493] Pour les raisons exposées ci–après, le Groupe spécial n'est pas convaincu par ces arguments.

7.326. Premièrement, l'Union européenne souligne que les mesures en cause n'"interdisent" pas l'importation de biocarburants dérivés de cultures et ne peuvent pas être considérées comme étant équivalentes à l'"élimination d'un produit du marché".[494] Dans le contexte de la tentative d'établir que les mesures contestées ne constituent pas une "interdiction", l'Union européenne observe que les biocarburants qui ne peuvent pas être comptabilisés aux fins de la réalisation de l'objectif "sont toujours consommés, bien qu'en petites quantités, dans l'Union européenne".[495] En outre, elle fait valoir que la certification relative au faible risque de CIAS garantit que l'utilisation du biocarburant dérivé de l'huile de palme peut contribuer aux objectifs en matière d'énergies renouvelables dans la même mesure que d'autres biocarburants conventionnels.[496]

7.327. Le Groupe spécial considère que la pertinence de cet argument pour la question de savoir si les mesures ont un "effet limitatif sur le commerce" n'est pas claire, car une mesure qui n'est pas une interdiction complète peut quand même avoir clairement un "effet limitatif sur le commerce". Dans la mesure où la position de l'Union européenne est que puisque la Malaisie a fait valoir que les mesures en cause (en particulier la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS) équivalent à une interdiction visant le biocarburant dérivé de l'huile de palme, elle doit démontrer que ces mesures constituent une interdiction *de facto* pour prouver qu'elles sont "restrictives pour le commerce"[497], le Groupe spécial n'est pas convaincu. Il rappelle que ce qui doit être établi aux fins de la démonstration du caractère restrictif pour le commerce d'une mesure, au

[491] Rapports de l'Organe d'appel *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 6.392.
[492] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 593 à 598.
[493] Il apparaît que l'Union européenne est d'avis que la Malaisie n'a absolument pas démontré que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS étaient "restrictives pour le commerce". Toutefois, l'Union européenne présente également certains arguments selon lesquels l'"incidence sur le commerce" des mesures en cause "est minime". (Voir, par exemple, Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1394.) Le Groupe spécial part du principe qu'ils peuvent être considérés comme des arguments à titre subsidiaire et non comme des concessions selon lesquelles les mesures contestées sont de fait "restrictives pour le commerce" (ce qui éviterait d'avoir à procéder à un examen plus approfondi de ses arguments sur cette question).
[494] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 835 et 836.
[495] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 837.
[496] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 839 et 840.
[497] Voir, par exemple, Union européenne, déclaration liminaire, paragraphes 73 à 78.

titre de l'article 2.2 et de l'article XX, est que la mesure a "un effet limitatif sur le commerce international".

7.328. Deuxièmement, l'Union européenne fait valoir que dans la mesure où il est exact qu'il n'y a pas de véritable marché pour le biocarburant dans l'Union européenne en dehors du régime RED II, si bien que le marché des biocarburants a été créé par le régime RED lui–même, il s'ensuit que les mesures font partie d'un régime qui a un effet restrictif uniquement sur le commerce des *combustibles fossiles* et un effet de *renforcement* du commerce des *biocarburants*. L'Union européenne fait valoir qu'il en résulte que les mesures fixent un plafond au caractère restrictif pour le commerce de l'intervention publique en ce qui concerne les *combustibles fossiles*. Elle fait valoir qu'il n'est pas possible que, "dès lors qu'un Membre altère le fonctionnement du marché et restreint le commerce de certains produits [à savoir les combustibles fossiles], il doive le faire sans *aucune* limitation pour le commerce qui a été *créé artificiellement* pour d'autres produits" [à savoir les biocarburants].[498]

7.329. Le Groupe spécial considère que la conséquence logique de l'argument de l'Union européenne est que, dans les cas où un Membre crée artificiellement un marché pour certains produits (par exemple les biocarburants), une quelconque limitation quant aux produits pouvant accéder à ce marché, y compris au moyen d'une interdiction totale, n'aurait aucun "effet limitatif sur le commerce" de ces produits. En vertu de cette logique, une version modifiée de la Directive RED II qui fixerait immédiatement une part de 0% pour tous les biocarburants dérivés de cultures ne serait pas restrictive pour le commerce et ne pourrait donc pas être considérée comme étant plus "restrictive pour le commerce" que la mesure actuelle. Le Groupe spécial considère que les disciplines prévues par l'article 2.2, comme d'ailleurs celles prévues par l'article 2.1 et l'article III.4, s'appliquent de la même manière indépendamment de la question de savoir si un marché donné existe uniquement parce que le gouvernement l'a créé.

7.330. Troisièmement, l'Union européenne fait valoir que, lorsqu'il évaluera si les mesures en cause ont un "effet limitatif sur le commerce", le Groupe spécial devrait examiner si l'éventuelle perte d'exportations de la Malaisie vers le marché de l'UE "aurait pu être compensée par une augmentation des exportations vers l'Inde et la Chine" et si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a des effets d'*accroissement* des importations en ce qui concerne les biocarburants conventionnels provenant d'*autres* Membres de l'OMC.[499] L'Union européenne se fonde sur la déclaration du Groupe spécial *Australie – Emballage neutre du tabac* selon laquelle, pour évaluer si un règlement technique a des effets limitatifs sur le commerce, "on pourrait prendre en compte "la valeur des importations ou l'importance qu'elles présentent à d'autres titres pour les Membres importateurs et/ou exportateurs concernés", ainsi que "les effets d'accroissement et de réduction des importations sur les échanges commerciaux d'autres Membres"".[500]

7.331. Le Groupe spécial ne considère pas que cet argument soit étayé par la pratique antérieure en matière de règlement des différends au titre de l'article 2.2 ou de l'article XX. De fait, le Groupe spécial *Australie – Emballage neutre du tabac* a lui–même conclu ce qui suit:

> Nous ne voyons rien dans les termes de l'article 2.2 permettant de supposer, comme l'Australie le suggère, que les effets d'un règlement technique sur le commerce international et, spécifiquement, l'existence et l'étendue d'un effet "restrictif pour le commerce" doivent être évalués seulement sur la base de l'effet de la mesure sur le commerce de tous les Membres de l'OMC, en ce qui concerne tous les produits visés par le règlement technique. De fait, nous considérons que l'adoption de cette interprétation aurait pour effet qu'un Membre de l'OMC ne pourrait pas recourir à l'article 2.2 de l'Accord OTC pour un produit particulier concernant lequel son commerce serait restreint, dans le cas où celui d'un autre Membre (d'autres Membres) s'intensifierait. En outre, suivant la logique de l'Australie, pour faire admettre une allégation au titre de l'article 2.2, un Membre aurait besoin dans tous les cas d'établir l'existence d'un effet limitatif non seulement en ce qui concerne ses propres exportations, mais en ce qui

[498] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 843. (pas de mise en relief dans l'original)

[499] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 847 et 848.

[500] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 785, 847 et 848 (citant les rapports du Groupe spécial *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1088).

concerne la totalité des exportations de tous les Membres. Cette interprétation diminuerait, à notre avis, les droits des Membres énoncés à l'article 2.2.[501]

7.332. Le Groupe spécial note en outre que le paragraphe spécifique de ce rapport de groupe spécial contenant la phrase sur laquelle l'Union européenne s'appuie pour développer son argument redit qu'"il n'est pas nécessaire que le "caractère restrictif pour le commerce" d'un règlement technique soit évalué seulement sur la base de l'effet de la mesure sur le commerce entre *tous* les Membres de l'OMC, en ce qui concerne *tous les produits* visés par le règlement technique".[502]

7.333. Les considérations qui précèdent s'appliquent également à la part maximale de 7% et à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Même s'il est évident que la part maximale de 7% est moins restrictive que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, les deux sont "restrictives pour le commerce" aux fins de l'article 2.2 car elles établissent une limitation de la quantité totale de biocarburants dérivés de cultures pouvant être comptabilisés aux fins de la réalisation de l'objectif de 14% dans l'Union européenne, l'intégralité de la demande de biocarburants conventionnels dans l'UE étant essentiellement définie par le régime RED. Les mesures ont par conséquent, de par leur conception, un "effet limitatif sur le commerce" dans la mesure où des biocarburants dérivés de cultures sont importés dans l'Union européenne.[503] Le fait que l'Union européenne a créé le marché en question ne modifie pas cette évaluation.

#### 7.1.2.3.5.2 Risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait

7.334. Ayant constaté que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS étaient restrictives pour le commerce, le Groupe spécial passe à présent au deuxième facteur qui est pris en compte dans l'étape de soupesage et de mise en balance de l'analyse, à savoir les "risques que la non–réalisation [de l'objectif] entraînerait".

7.335. L'Organe d'appel a expliqué[504] que l'article 2.2 ne prescrivait pas davantage de méthode particulière pour l'évaluation des "risques que la non–réalisation entraînerait", ni ne définissait la manière dont il devrait être "[tenu] compte … de" ces risques. Dans certains contextes, il pourrait être possible et approprié d'essayer de déterminer séparément la nature des risques, d'une part, et de quantifier la gravité des conséquences qui découleraient de la non–réalisation, d'autre part; toutefois, dans d'autres contextes, il pourrait être difficile, en pratique, de déterminer ou quantifier ces éléments séparément avec précision. Dans de tels contextes, il pourrait être plus approprié de procéder à une analyse conjonctive à la fois de la nature des risques et de la gravité des conséquences liés à la non–réalisation, dans laquelle les "risques que la non–réalisation entraînerait" seraient évalués d'un point de vue qualitatif. L'Organe d'appel a confirmé que "la manière d'effectuer cette prise en considération [pouvait] s'adapter aux particularités d'une affaire donnée".

7.336. La Malaisie fait valoir qu'"au mieux, les mesures en cause apportent uniquement une contribution limitée à l'objectif fondamental recherché par l'UE et que, par conséquent, les risques et conséquences que le non-respect de ces mesures entraînerait sont également limités."[505]

7.337. L'Union européenne, se référant à ses grands objectifs de politique générale, fait observer à l'égard de cet élément de l'analyse que "les changements climatiques, la biodiversité et des préoccupations morales connexes sont considérés comme des valeurs de grande importance dans l'Union européenne et font partie intégrante de son tissu constitutionnel".[506] Elle fait en outre valoir que la nature des risques et le fait que les conséquences sont considérables et difficiles à prévoir avec certitude, car elles se rapportent aux changements climatiques, à la destruction de la

[501] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1078.
[502] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1088. (mise en relief dans l'original)
[503] Le Groupe spécial rappelle que, lorsque la conception et la structure de la mesure suffisent à établir qu'elle aura un effet limitatif sur le commerce, il n'est pas nécessaire de formuler des constatations sur les effets réels sur le commerce, ou les effets prévus, de la mesure contestée. (Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 6.392.)
[504] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.218.
[505] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 628.
[506] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 892.

biodiversité et à l'absence de protection de la moralité publique de l'UE, signifient qu'une analyse qualitative serait plus appropriée qu'une analyse quantitative.[507]

7.338. Le Groupe spécial a constaté que l'objectif de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était de limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées au biocarburants dérivés de cultures. Après avoir ainsi identifié l'objectif des mesures, le Groupe spécial considère que le risque que la non–réalisation de cet objectif entraînerait est que les réductions d'émissions de GES censées résulter de la promotion des biocarburants dérivés de cultures au moyen de la Directive RED II soient partiellement compromises, ou même intégralement annulées, par leurs émissions de GES liées aux CIAS.

7.339. Le Groupe spécial parvient à cette conclusion sur la base de plusieurs considérations différentes. D'abord et avant tout, cette interprétation des risques que la non–réalisation de cet objectif entraînerait correspond à celle qui est expressément énoncée dans la Directive CIAS, le considérant 81 de la Directive RED II et le Règlement délégué. Dans le contexte de l'exposé de la justification invoquée pour les mesures en cause, il est rappelé dans le considérant 81 de la Directive RED II, qui a déjà été cité intégralement plus haut dans la présente section du rapport, que la Directive CIAS "reconnait que l'importance des émissions de gaz à effet de serre liées aux changements indirects dans l'affectation des sols est susceptible d'annuler, en partie ou en totalité, les réductions d'émissions de gaz à effet de serre liées aux différents biocarburants, bioliquides ou combustibles issus de la biomasse". Cela est redit dans le considérant 4 du Règlement délégué.

7.340. En outre, il apparaît que les parties elles–mêmes souscrivent à la même interprétation. Dans ses communications, l'Union européenne se réfère à cette conséquence potentielle.[508] De même, la Malaisie déclare, dans le contexte du "risque que la non-réalisation de l'objectif entraînerait", que "[l]a conséquence de s'abstenir de prendre les mesures nécessaires en vue de cet objectif", que la Malaisie formule comme étant d'"éviter des émissions supplémentaires de GES en limitant les changements directs et indirects dans l'affectation des sols", serait "une augmentation des émissions de GES et l'annulation partielle ou même totale des réductions des émissions de GES obtenues grâce à la Directive RED II".[509]

7.341. Le Groupe spécial n'est pas d'avis que l'examen des "risques que la non–réalisation [de l'objectif] entraînerait" nécessite la quantification des risques, ou une tentative d'établir le degré de probabilité que ces risques se matérialiseront. De fait, et comme l'a expliqué l'Organe d'appel[510], dans certains contextes, il pourrait être possible de quantifier la gravité des conséquences qui découleraient de la non–réalisation, tandis que dans d'autres contextes, elle pourrait être évaluée d'un point de vue qualitatif. Le Groupe spécial note que, dans certaines affaires, des groupes spéciaux antérieurs ont identifié les "risques que la non–réalisation [de l'objectif] entraînerait" sous la forme d'un ou de plusieurs corollaires simples découlant de l'objectif identifié. Par exemple, dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac*, le Groupe spécial a constaté que l'objectif des mesures était "d'améliorer la santé publique en réduisant la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits", et a constaté que "la nature du risque lié à la non–réalisation de l'objectif légitime des mesures TPP" était que "la santé publique ne serait pas améliorée, car la consommation de produits du tabac et l'exposition à ces produits ne seraient pas réduites".[511]

7.342. Le Groupe spécial constate par conséquent que les "risques que la non–réalisation [de l'objectif] entraînerait" sont que les réductions d'émissions de GES résultant de la promotion des biocarburants conventionnels au moyen de la Directive RED II soient partiellement compromises, ou même intégralement annulées, par leurs émissions de GES liées aux CIAS. Comme cela a déjà été indiqué plus haut, le fait d'éviter les émissions de GES est un élément central de la lutte contre les changements climatiques, qui est en elle–même un objectif clé des efforts internationaux et nationaux actuels. Les considérations qui précèdent s'appliquent tout autant à la part maximale de 7% qu'à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, étant donné que le Groupe spécial considère que les mesures ont le même objectif.

[507] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 894.
[508] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 36, 120, 234.
[509] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 629.
[510] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.218.
[511] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1287.

#### 7.1.2.3.5.3 Contribution à l'objectif

7.343. Ayant examiné les deux premiers facteurs qui éclairent l'étape de l'analyse relative au soupesage et à la mise en balance, le Groupe spécial passe à présent au troisième facteur, qui est le degré de contribution apporté par les mesures à leur objectif.

7.344. Il y a plusieurs parallèles entre la présente affaire et l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, et, par conséquent, le Groupe spécial considère qu'il est utile de brièvement résumer l'analyse de l'Organe d'appel dans cette affaire.

7.345. La mesure en cause dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, à savoir une interdiction d'importer des pneumatiques rechapés, était particulière à au moins deux égards. Premièrement, l'interdiction d'importer faisait partie d'une politique globale conçue et mise en œuvre par le Brésil pour remédier aux conséquences que les pneumatiques de rebut avaient pour la santé publique et l'environnement. Comme l'Organe d'appel l'a reconnu, "certains problèmes complexes liés à la santé publique ou à l'environnement peuvent être traités uniquement au moyen d'une politique globale comprenant de multiples mesures interdépendantes".[512] L'Organe d'appel a donc noté qu'il pouvait être difficile à court terme "de discerner la contribution apportée par une mesure spécifique à la réalisation d'objectifs concernant la santé publique ou l'environnement de celles qui [étaient] imputables aux autres mesures faisant partie de la même politique globale".[513] Deuxièmement, l'Organe d'appel a estimé que les résultats obtenus grâce, par exemple, à certaines actions préventives visant à réduire l'incidence de maladies, "[pouvaient] uniquement être évalués avec le recul".[514] Il faisait référence, à cet égard, à des "mesures adoptées en vue d'atténuer le réchauffement de la planète et le changement du climat".

7.346. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel avait donc la tâche particulièrement difficile d'évaluer la contribution d'une mesure qui faisait partie d'un système politique plus large, et qui n'avait pas encore – ou n'était pas susceptible elle–même d'avoir – une incidence immédiatement discernable sur son objectif. L'Organe d'appel a donc cherché à déterminer si la mesure était "à même d'apporter une contribution importante" à son objectif.[515] Il a en fin de compte constaté que le système réglementaire plus large était conçu pour induire des changements dans la pratique et le comportement des acteurs commerciaux en vue de réduire le nombre de pneumatiques de rebut produits et, partant, de réduire les risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux et la préservation des végétaux découlant de l'accumulation de pneumatiques de rebut.[516]

7.347. En l'espèce, la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne prennent pas la forme d'une interdiction d'importer tout biocarburant dérivé de cultures. Toutefois, les mesures ont, de par leur conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation de tous les biocarburants dérivés de cultures dans l'UE et élimineront, d'ici à 2030, la demande et la consommation dans l'UE induites par la Directive RED II de ces biocarburants dérivés de cultures considérés comme présentant un risque élevé de CIAS. Comme pour l'interdiction d'importer en cause dans l'affaire Brésil – Pneumatiques rechapés, l'objectif des mesures se rapporte à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux (ce que l'Organe d'appel a considéré comme étant "à la fois vital et important au plus haut point").[517] En outre, il apparaît que les parties en l'espèce s'accordent sur le fait qu'il n'est pas possible de quantifier la mesure dans laquelle la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS contribuent à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. La mesure en cause dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés* était également une mesure qui n'avait pas une incidence immédiatement discernable sur son objectif. Dans ces circonstances, l'Organe d'appel a admis qu'une mesure pouvait être considérée comme "nécessaire" même si sa contribution "n'était

[512] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.
[513] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.
[514] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.
[515] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 150.
[516] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 154.
[517] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 144.

pas immédiatement observable"[518], et a considéré que le critère pertinent était de savoir si la mesure était *à même d'apporter une contribution importante* à son objectif.

7.348. Le Groupe spécial considère que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Les mesures ont, de par leur conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation de tous les biocarburants dérivés de cultures dans l'UE et élimineront, d'ici à 2030, la demande et la consommation dans l'UE induites par la Directive RED II de ces biocarburants dérivés de cultures considérés comme présentant un risque élevé de CIAS. Il s'ensuit que les mesures sont à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Compte tenu de la conception et du fonctionnement prévu de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le Groupe spécial considère qu'il y a une corrélation directe entre leur aptitude à contribuer à leurs objectifs et le degré de leur caractère restrictif pour le commerce.

7.349. La Malaisie estime qu'il y a plusieurs raisons pour lesquelles la mesure dans laquelle les mesures en cause réalisent leurs objectifs sera très difficile, voire impossible, à déterminer (que ce soit en termes quantitatifs ou en termes qualitatifs) et, en tout cas, sera très limitée."[519] Le Groupe spécial a choisi d'examiner la plupart de ces arguments ailleurs dans son analyse, soit dans le contexte de l'évaluation du point de savoir si l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures est un "objectif légitime", soit dans le contexte de l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" de l'analyse au titre de l'article 2.1.

7.350. Par exemple, la Malaisie fait valoir[520] que les CIAS ne peuvent pas être observés ou mesurés et que, par conséquent, il n'existe pas d'éléments de preuve montrant que le biocarburant dérivé du palmier à huile exporté depuis la Malaisie vers l'Union européenne provoquera des CIAS. Elle fait valoir qu'il est par conséquent impossible d'établir un lien de causalité entre la production de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale aux fins de la production de biocarburants dans un lieu géographique et la production de cultures dans un autre lieu géographique. Par conséquent, la Malaisie fait valoir qu'il n'est pas possible de quantifier la contribution, le cas échéant, de la limite imposée à l'importation par la mesure plafond et élimination progressive à l'objectif déclaré.

7.351. Le Groupe spécial considère que cet argument est pertinent pour l'évaluation du point de savoir si l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures est un "objectif légitime" et a choisi de l'examiner dans ce contexte. Le Groupe spécial a constaté qu'il existait une base raisonnable permettant à l'Union européenne de conclure qu'une augmentation de la demande de biocarburants dérivés de cultures augmentait le risque d'émissions de GES liées aux CIAS. Il considère par conséquent que cet argument ne compromet pas sa conclusion selon laquelle la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.352. La Malaisie fait en outre valoir[521] que, même si la nouvelle méthode de la Commission européenne concernant les CIAS devait être acceptée telle quelle, elle ne démontre pas que la mesure plafond et élimination progressive contribue à prévenir les émissions de GES liées aux CIAS, et qu'il est en fait probable qu'elle accroîtra les émissions de GES. La raison est que la réduction de la consommation de biocarburant dérivé du palmier à huile dans l'Union européenne au profit du biocarburant dérivé du colza ou d'autres cultures réduirait la quantité d'huile de colza ou d'autres cultures produites à des fins alimentaires dans des proportions équivalentes, ce qui pourrait par conséquent déclencher des effets de CIAS ailleurs dans le monde. L'élimination progressive des biocarburants dérivés de l'huile de palme pourrait également entraîner une réorientation vers l'approvisionnement de l'Union européenne en huile de palme destinée à l'alimentation humaine et animale, qui ne serait donc pas soumise aux critères de durabilité et de réduction des émissions de GES prévus par les directives RED I et RED II. Enfin, même si la mesure plafond et élimination progressive pouvait effectivement limiter la consommation mondiale d'huile de palme, il est probable

[518] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.
[519] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 611.
[520] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 610 i) et ii).
[521] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 610 iii) et v), et 627.

qu'en raison du rendement et de la valeur de stockage de carbone élevés du palmier à huile par rapport à d'autres cultures oléagineuses, les émissions de GES liées aux CIAS augmenteraient.

7.353. Le Groupe spécial note que les questions soulevées par la Malaisie concernant les effets de substitution potentiels sont également soulevées dans le contexte de l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" de l'analyse au titre de l'article 2.1. Il considère qu'il est approprié d'examiner ces arguments en même temps que d'autres aspects de la conception et du fonctionnement de la mesure dans ce contexte. Il note que ses conclusions au titre de l'article 2.1 ne compromettent pas sa conclusion selon laquelle la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.354. La Malaisie fait en outre valoir[522] qu'étant donné que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS cible la production végétale existante pour laquelle les émissions alléguées se sont déjà produites dans le passé, ainsi que les matières premières résultant d'accroissements des rendements sur des terres existantes, une telle production ne provoque pas de CIAS car elle n'entraîne pas d'utilisation additionnelle de terres. D'après elle, cela compromet davantage la capacité des mesures en cause, et en particulier de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, de contribuer à leur objectif.

7.355. Le Groupe spécial note que les questions soulevées par la Malaisie sont également soulevées dans le contexte de l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" de l'analyse au titre de l'article 2.1. Il considère qu'il est approprié d'examiner ces arguments en même temps que d'autres aspects de la conception et du fonctionnement de la mesure dans ce contexte. Une fois encore, il note que ses conclusions au titre de l'article 2.1 ne compromettent pas sa conclusion selon laquelle la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.356. La Malaisie souligne également le fait que, dans le contexte de l'argument selon lequel les mesures ne sont pas restrictives pour le commerce, l'Union européenne indique que ses mesures n'affecteront qu'"une goutte dans l'océan de la production et de la consommation mondiales d'huile de palme, et les mesures de l'UE contestées par la Malaisie ne sont pas en mesure d'affecter de manière significative le commerce mondial de l'huile de palme et des biocarburants à base d'huile de palme".[523] La Malaisie est surprise par cette argumentation "car elle semble être en contradiction directe avec la raison d'être déclarée des limitations visant l'huile de palme énoncées dans les mesures incriminées" et donne à entendre que l'Union européenne exagère l'incidence des mesures quand, "dans d'autres contextes, elle s'appuie sur la supposition que sa demande est tout à fait lourde de conséquences dans ce domaine, affirmant qu'il est *nécessaire* d'étouffer cette demande, rapidement, afin de promouvoir les objectifs déclarés des mesures."[524]

7.357. Le Groupe spécial ne considère pas que la contribution que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont à même d'apporter à leur objectif (c'est–à–dire limiter les émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures) soit compromise par le fait que les mesures sont uniquement axées sur un aspect relativement restreint du problème des émissions de GES, et visent uniquement la demande et la consommation de biocarburants de l'Union européenne elle–même. Il arrive souvent qu'une mesure donnée "ne traite que d'un élément spécifique du risque global"[525] auquel elle se rapporte. *A fortiori*, dans le contexte de questions mondiales comme les changements climatiques et les émissions de GES, l'évaluation de la question de savoir si une mesure unique prise par un seul Membre est à même d'apporter une contribution importante à son objectif ne peut pas être axée sur l'incidence mondiale de la mesure en termes quantitatifs.

7.358. De fait, 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 des moyens".[526] C'est le cas en l'espèce. Les

[522] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 610 iv).
[523] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 838.
[524] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 95.
[525] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.214.
[526] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 210.

mesures cherchent à traiter certaines externalités négatives de la politique de l'Union européenne visant à promouvoir l'utilisation de sources d'énergie renouvelables dans le secteur des transports. Par conséquent, dès lors que les mesures visent à corriger un aspect spécifique de cette politique, on doit s'attendre à ce que la contribution de ces mesures soit limitée à cet élément spécifique.

7.359. Le Groupe spécial conclut que, même s'il n'est pas possible de quantifier la mesure dans laquelle la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS contribuent à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures, ces mesures sont à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Cette conclusion découle du fait que la part maximale de 7% a, de par sa conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation dans l'UE de tous les biocarburants dérivés de cultures, et du fait que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a, de par sa conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation dans l'UE des biocarburants dérivés de cultures considérés comme présentant un risque élevé de CIAS.

#### 7.1.2.3.5.4 Soupesage et mise en balance des trois facteurs

7.360. Après avoir examiné le caractère restrictif pour le commerce des mesures, les risques que la non–réalisation de leur objectif entraînerait et le degré de contribution des mesures à l'objectif, le Groupe spécial passe à présent au processus de "soupesage et mise en balance" de ces facteurs afin de parvenir à une "conclusion préliminaire" sur la nécessité des mesures en cause.

7.361. Dans le contexte de l'examen de ces trois facteurs individuellement, le Groupe spécial a conclu ce qui suit:

a. La part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont restrictives pour le commerce aux fins de l'article 2.2 car elles établissent une limitation de la quantité totale de biocarburants dérivés de cultures pouvant être comptabilisés aux fins de la réalisation de l'objectif de 14% dans l'Union européenne, l'intégralité de la demande de biocarburants conventionnels dans l'UE étant essentiellement définie par le régime RED. Même s'il est évident que la part maximale de 7% est moins restrictive pour le commerce que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, les deux mesures ont par conséquent, de par leur conception, un effet limitatif sur le commerce dans la mesure où des biocarburants dérivés de cultures sont importés dans l'Union européenne. Le fait que l'Union européenne a créé le marché en question ne modifie pas cette évaluation.

b. La part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ont pour objectif de limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures, et le risque que la non–réalisation de cet objectif entraînerait est que les réductions d'émissions de GES censées résulter de la promotion des biocarburants dérivés de cultures au moyen de la Directive RED II soient partiellement compromises, ou même intégralement annulées, par leurs émissions de GES liées aux CIAS.

c. Même s'il n'est pas possible de quantifier précisément la mesure dans laquelle la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS contribuent à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures, ces mesures sont à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Cette conclusion découle du fait que la part maximale de 7% a, de par sa conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation dans l'UE de tous les biocarburants dérivés de cultures, et du fait que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a, de par sa conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation dans l'UE des biocarburants dérivés de cultures considérés comme présentant un risque élevé de CIAS.

7.362. Le Groupe spécial est bien conscient du fait que l'exercice de "soupesage et mise en balance" suppose que la flexibilité d'un tel exercice ne permet l'établissement de niveaux minimaux prédéterminés pour aucun facteur particulier, et, par conséquent, l'Organe d'appel a indiqué qu'il

"ne pens[ait] pas qu'il soit instructif ou justifié dans une analyse de la nécessité d'imposer à l'avance un niveau minimal de contribution prédéterminé".[527] Ainsi, il peut être constaté qu'un groupe spécial fait erreur dans la mesure où il estime qu'il est tenu d'appliquer un critère d'"importance" comme un niveau minimal prédéterminé généralement applicable dans son analyse de la "contribution".[528]

7.363. Cela étant dit, le Groupe spécial note que dans chaque affaire dans laquelle un groupe spécial ou l'Organe d'appel a constaté qu'une mesure était à même d'apporter une contribution importante à la réalisation de son objectif, la conclusion préliminaire formulée dans le contexte de l'étape de soupesage et de mise en balance a été que la mesure était nécessaire. Cela inclut des affaires dans lesquelles la mesure était très restrictive pour le commerce, y compris des affaires dans lesquelles la mesure était une interdiction pure et simple d'importer ou de vendre les produits en cause (y compris par exemple les affaires *Brésil – Pneumatiques rechapés* et *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*). De fait, l'Organe d'appel a laissé entendre que la seule circonstance dans laquelle un groupe spécial pouvait achever son analyse à ce stade et constater qu'une mesure était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire sur la base du processus de "soupesage et mise en balance", et ne pas procéder ensuite à une comparaison entre la mesure et les mesures de rechange proposées serait le cas où la mesure "n'apporte[rait] aucune contribution à l'accomplissement de l'objectif légitime".[529]

7.364. Le Groupe spécial conclut à titre préliminaire que les mesures sont nécessaires pour réaliser leur objectif, au motif qu'elles sont "à même d'apporter une contribution importante" à l'accomplissement de cet objectif, et qu'il s'agit du degré de contribution requis dans les circonstances de la présente affaire après le soupesage et la mise en balance de leur caractère restrictif pour le commerce et des risques que la non–réalisation de l'objectif entraînerait.

#### 7.1.2.3.6 Mesures de rechange

7.365. Le Groupe spécial est arrivé à la conclusion préliminaire que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont nécessaires au titre de l'article 2.2. En conséquence, l'étape suivante et finale de l'analyse du critère de la nécessité au titre de l'article 2.2 est une comparaison des mesures contestées avec des mesures de rechange possibles.

7.366. La Malaisie a identifié six mesures de rechange possibles pour la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la part maximale de 7%. En réponse à une question du Groupe spécial demandant à la Malaisie de préciser à quelle mesure contestée chacune des mesures de rechange proposées se rapportait, la Malaisie a répondu que chacune des mesures de rechange qu'elle proposait "répondait à l'objectif fondamental de l'UE (c'est-à-dire éviter des émissions supplémentaires de GES) et, partant, aux objectifs secondaires plus vastes", et que les mesures de rechange proposées par la Malaisie "vis[aient] à faire autant ou plus que les mesures de l'UE (c'est-à-dire la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS) [étaient] en mesure de faire collectivement à cet égard".[530] Le Groupe spécial part donc du principe que la Malaisie a identifié six mesures de rechange, dont chacune doit être considérée comme une mesure de rechange moins restrictive pour le commerce qui pourrait remplacer à la fois la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la part maximale de 7%.

7.367. Le Groupe spécial va examiner individuellement les six mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui ont été identifiées. Selon la Malaisie, la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime parce que les mesures suivantes sont raisonnablement à la disposition de l'Union européenne et apporteraient une contribution équivalente à l'objectif déclaré tout en étant moins restrictives pour le commerce:

[527] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.215.
[528] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.216.
[529] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 647 relative au paragraphe 322.
[530] Malaisie, réponse à la question n° 120 du Groupe spécial, paragraphe 79.

a. un système de vérification de la légalité, tel que le Plan de l'Union européenne pour l'application des réglementations forestières, la gouvernance et les échanges commerciaux (FLEGT);

b. une certification par les autorités publiques, telle que le certificat de capture dans le cadre du programme de l'UE relatif à la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (pêche INN);

c. une certification par des organisations non gouvernementales existantes, telle que dans le cadre de la Certification internationale de durabilité et de carbone (ISCC), et de la Table ronde pour l'huile de palme durable (RSPO) et la RSPO-RED;

d. des contingents en matière d'accès aux marchés;

e. le système de certification et les prescriptions en matière de durabilité adoptés dans le cadre de l'Accord global de coopération économique (CEPA) Indonésie-AELE; et

f. l'approche appliquée par l'Union européenne dans son initiative "zéro déforestation".

7.368. Avant d'examiner ces mesures individuellement, le Groupe spécial juge utile de rappeler certains aspects du critère juridique applicable qui guidera son analyse des mesures de rechange proposées par la Malaisie.

#### 7.1.2.3.6.1 Objectif de l'identification de mesures de rechange

7.369. Le Groupe spécial rappelle que l'examen de mesures de rechange moins restrictives pour le commerce est un outil conceptuel servant à analyser si les mesures en cause sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire.[531] La question à laquelle un groupe spécial cherche à répondre en examinant les mesures de rechange possibles est celle de savoir s'il y a une ou plusieurs mesures moins restrictives pour le commerce que le Membre qui réglemente pourrait adopter pour *remplacer* une mesure contestée.

7.370. En conséquence, un groupe spécial doit être convaincu que toute mesure de rechange proposée est vraiment moins restrictive pour le commerce que la mesure en cause, qu'elle est raisonnablement à la disposition du Membre qui réglemente et qu'elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif de la mesure contestée.[532] Comme il est indiqué ci–dessus, tous ces éléments de l'analyse comparative sont cumulatifs. L'Organe d'appel a confirmé que l'objectif d'une mesure servait de "point de référence" par rapport auquel un groupe spécial devait évaluer le degré de la contribution apportée "par les mesures de rechange proposées".[533] Par conséquent, lorsqu'on évalue si une mesure de rechange proposée apporterait une contribution équivalente à l'objectif de la mesure contestée, il est important de commencer l'analyse en identifiant clairement l'objectif qui sert de point de référence.

7.371. Le Groupe spécial a identifié l'objectif de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS comme étant de limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées au biocarburants dérivés de cultures. Il a aussi constaté qu'il s'agissait d'un "objectif légitime" et il a en outre constaté que les mesures en cause étaient à même d'apporter une contribution importante à cet objectif. En conséquence, pour établir que les mesures sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire à ce stade de son analyse, le Groupe spécial devrait être convaincu qu'une ou plusieurs des mesures de rechange proposées apporteraient une contribution équivalente à l'objectif consistant à *limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées au biocarburants dérivés de cultures* et que ces mesures de rechange sont moins restrictives pour le commerce que les mesures contestées.

[531] Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Australie – Emballage neutre du tabac (Honduras)*, paragraphe 6.461; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 320; et *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.200.

[532] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 471.

[533] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 387.

7.372. Le Groupe spécial estime qu'il est nécessaire, mais pas suffisant, que toute mesure de rechange proposée soit moins restrictive pour le commerce, soit raisonnablement disponible et apporte une contribution équivalente à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées au biocarburants dérivés de cultures. Il doit également examiner si toute mesure de rechange proposée est considérée à juste titre comme une *mesure de rechange*, ou plutôt comme une *mesure complémentaire*, par rapport à la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a confirmé la constatation du Groupe spécial, formulée dans le contexte de l'application du critère de la nécessité figurant à l'article XX b), qui établissait que certaines mesures de rechange proposées par le Membre plaignant étaient "complémentaires" de l'interdiction d'importer contestée et constituaient "des éléments qui s'étay[aient] mutuellement d'une politique globale pour traiter" les pneumatiques de rebut et que, "[p]ar conséquent, ces mesures ne [pouvaient] pas être considérées comme de réelles mesures de rechange" de l'interdiction d'importer.[534] Comme le groupe spécial correspondant l'avait fait observer, "il est possible que différentes mesures traitent différents aspects du même risque et se complètent mutuellement pour faire face à ce risque".[535]

7.373. Bien que l'Organe d'appel n'ait pas eu l'occasion de préciser davantage la distinction entre les mesures de rechange et les mesures complémentaires, cette distinction semblerait raisonnablement simple. Les critères de la nécessité au titre de l'article 2.2 et de l'article XX n'empêchent pas un Membre qui réglemente de prendre plus d'une mesure en même temps pour réaliser un objectif donné. À titre d'exemple, on ne pourrait pas démontrer qu'un règlement technique énonçant des normes d'émissions de GES pour les scooters qui ont un effet limitatif sur le commerce (à l'égard des scooters non conformes) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire en démontrant que l'introduction d'une subvention pour l'installation de panneaux solaires (ou l'achat de vélos ou de voitures électriques) par les propriétaires de logements apporterait une contribution au moins équivalente à la réduction des émissions de GES. De telles mesures seraient en principe des mesures complémentaires et non des mesures de rechange.

7.374. Une mesure de rechange est donc une mesure qui ne pourrait pas coexister avec une mesure contestée sous sa forme actuelle, ou qui pourrait coexister mais dont la mise en œuvre parallèlement à celle de la mesure contestée neutraliserait ou rendrait superflue ou sans importance la contribution que la mesure contestée est à même d'apporter à son objectif. Une mesure complémentaire est une mesure qui pourrait coexister avec une mesure contestée sous sa forme actuelle et dont la mise en œuvre parallèlement à la mesure contestée ne neutraliserait pas ni ne rendrait superflue ou sans importance la contribution que la mesure contestée est à même d'apporter à son objectif.

#### 7.1.2.3.6.2 Évaluation des mesures de rechange proposées par la Malaisie

##### *Première mesure de rechange proposée: un système de vérification de la légalité, tel que le Plan de l'UE pour l'application des réglementations forestières, la gouvernance et les échanges commerciaux (FLEGT)*

7.375. La Malaisie fait valoir[536] qu'un système de vérification de la légalité liant la certification en matière d'environnement et de durabilité au respect de lois et réglementations locales spécifiques, alignées sur les prescriptions de l'UE, et inspiré du système FLEGT de l'UE serait une mesure de rechange.[537] Elle fait valoir que les pays exportateurs pourraient conclure des accords avec

[534] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 211. Voir aussi *ibid.*, paragraphe 172.

[535] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.213.

[536] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 636 à 650; deuxième communication écrite, paragraphes 224 à 227; et réponses à la question n° 121 du Groupe spécial, paragraphes 81 et 82.

[537] La Malaisie note que le concept du système FLEGT a été introduit au moyen du Règlement de l'UE sur le bois, adopté en 2013. La Malaisie explique que le Règlement de l'UE sur le bois interdit, à titre prospectif (c'est-à-dire non pas rétrospectivement et *per se* pour tout un produit, comme dans l'approche fondée sur les CIAS), la mise sur le marché de l'UE de bois récolté illégalement, couvrant à la fois le bois et les produits du bois importés et d'origine nationale. Les accords de partenariat volontaires entre l'UE et les pays producteurs de bois favorisent également le commerce des produits du bois légaux et contribuent à fermer le marché de l'UE aux produits illégaux. Au cœur de chaque accord de partenariat volontaire il y a un "système de garantie de la légalité du bois" qui vérifie que les produits du bois sont conformes aux lois nationales. Une fois les produits destinés au marché de l'UE vérifiés, les pays partenaires peuvent leur accorder des licences FLEGT. La

l'Union européenne en vue d'assurer la conformité de leurs exportations avec les règles convenues et leurs règles nationales, et délivrer des licences garantissant la légalité d'un lot spécifique de biocarburant dérivé de l'huile de palme et sa provenance "d'une plantation située sur des terres présentant un faible stock de carbone et n'ayant pas donné lieu à un déplacement d'autres cultures vers des terres présentant un important stock de carbone".[538] Elle précise qu'elle préconise une approche qui consisterait à examiner le lot individuel et à certifier si oui ou non la culture s'est faite sur des terres présentant un important stock de carbone et qu'elle n'a pas entraîné le déplacement d'autres cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale "dans une juridiction donnée", et elle observe que "[c]'est le maximum qu'un pays producteur donné puisse assurer."[539] Elle souligne le manque d'équité de l'approche mondiale actuellement suivie par l'Union européenne en matière de réglementation des CIAS, selon laquelle "quoiqu'un Membre de l'OMC, tel que la Malaisie, fasse pour éviter l'expansion des terres agricoles sur des terres présentant un important stock de carbone, cela sera sans intérêt tant que la question n'aura pas été traitée avec succès et que les expansions mondiales annuelles n'auront pas été gérées à l'échelle de la planète."[540]

7.376. L'Union européenne répond[541] que les critères de durabilité énoncés à l'article 29 de la Directive RED II et la référence aux CIAS à l'article 26.2 de la Directive RED II vont au-delà d'une vérification de la légalité et que "[l]es lois locales n'abordent pas les préoccupations liées à l'incidence mondiale des accroissements induits par les politiques sur la demande agrégée."[542] Selon elle, ce qui compte c'est d'empêcher certains effets des politiques, que le CAS concerné soit légal ou illégal. L'Union européenne ajoute que les accords de partenariat volontaires conclus dans le cadre du système FLEGT de l'UE "ne sont pas à ce point efficaces pour ce qui est de prévenir la destruction illégale des forêts".[543] En outre, elle observe que, dans la mesure où la mesure de rechange se limiterait à faire en sorte que le biocarburant n'ait pas été produit au moyen d'une expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, cela "est déjà une prescription des critères de durabilité. Par conséquent, la mesure de rechange proposée est en réalité une suggestion visant à supprimer complètement la mesure en cause."[544]

7.377. Le Groupe spécial observe qu'il apparaît que la première mesure de rechange proposée par la Malaisie, à savoir un système de vérification de la légalité liant la certification en matière d'environnement et de durabilité au respect de lois et réglementations locales spécifiques, alignées sur les prescriptions de l'UE, est sans lien avec l'objectif spécifique poursuivi par la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il apparaît également que cette mesure de rechange proposée vise les *CDAS* associés à la production de *lots individuels* de biocarburants dérivés de cultures, au lieu d'être une mesure de rechange qui apporterait une contribution équivalente à son objectif choisi de limitation du risque d'émissions de GES liées aux *CIAS* associées aux biocarburants dérivés de cultures. En outre, le Groupe spécial ne voit pas pourquoi la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne pourraient pas coexister avec un système de vérification de la légalité liant la certification en matière d'environnement et de durabilité au respect de lois et réglementations locales spécifiques, alignées sur les prescriptions de l'UE. Étant donné que l'objet des mesures en cause est différent de celui de la mesure de rechange proposée, les mesures contestées continueraient d'être à même d'apporter une contribution importante à leurs objectifs si elles s'appliquaient parallèlement à la mesure de rechange proposée. Par conséquent, il apparaît que la

Malaisie donne des détails sur le contrôle des chaînes d'approvisionnement dans le cadre du système FLEGT aux paragraphes 640 à 644 de sa première communication écrite.

[538] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 647.

[539] Malaisie, réponse à la question n° 121 du Groupe spécial, paragraphe 81. La Malaisie ajoute que "[p]our faire en sorte que cette approche soit non discriminatoire, aussi capable que possible de décourager les CAS et de restreindre l'importation de produits qui grignotent les terres présentant un important stock de carbone, les mêmes prescriptions en matière de certification des importations devraient être appliquées à toutes les cultures et tous les produits. Une approche globale fondée sur les CDAS, appliquée à toutes les cultures, serait la meilleure mesure de rechange disponible pour remplacer l'approche non fiable, non mesurable et discriminatoire fondée sur les CIAS." (Malaisie, réponse à la question n° 121 du Groupe spécial, paragraphe 82)

[540] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 225.

[541] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 918 à 933; et réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphes 675 à 681.

[542] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 922.

[543] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 923 à 930.

[544] Union européenne, réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphe 677.

première mesure de rechange est une mesure complémentaire, et non une véritable mesure de rechange, par rapport aux mesures de l'UE en cause.

***Deuxième mesure de rechange proposée: une certification par les autorités publiques, telle que le certificat de capture dans le cadre du programme de l'UE relatif à la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (pêche INN)***

7.378. La Malaisie fait valoir[545] qu'un système de certification qui repose sur des contrôles effectués par les autorités publiques, comme l'approche adoptée par l'Union européenne pour les certificats de capture dans le cadre de son système de pêche INN, serait une deuxième mesure de rechange. Selon elle, ce système de pêche INN est un cadre moins restrictif pour le commerce car, dans ce système, "le fait qu'une seule espèce soit pêchée d'une manière illicite, non déclarée ou non réglementée ne déclenche pas une restriction effective à l'importation en provenance de tous les pays et pour toutes les quantités, comme dans le cas des matières premières pour biocarburants considérées comme présentant un risque élevé de CIAS au titre de la Directive RED II et du Règlement délégué."[546] La Malaisie estime qu'un régime de licences, incluant des contrôles et une traçabilité tout au long de la chaîne d'approvisionnement, permettrait à l'Union européenne d'"interdire l'importation des seuls produits qui ont causé le changement dans l'affectation des sols concerné, tout en maintenant les possibilités commerciales pour tous les autres produits".[547]

7.379. L'Union européenne répond[548] qu'à titre d'exception à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, la Directive RED II et le Règlement délégué permettent déjà la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque de CIAS. En outre, le Règlement INN utilise un ensemble d'outils plus complexe que ce que décrit la Malaisie, qui met l'accent sur un seul d'entre eux, le certificat de capture, parmi la panoplie de mesures complémentaires prévues par le Règlement INN. L'Union européenne ajoute qu'il n'y a pas de renseignements précis sur l'efficacité des règles de l'UE dans la lutte contre la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, étant donné que l'instrument considéré n'a pas été soumis à un bilan de la qualité, contrairement au système FLEGT. Elle estime que les deux instruments ont des buts différents et fonctionnent différemment; comme cela a déjà été expliqué, parmi les outils du cadre INN, il y a aussi bien la carotte que le bâton. Elle estime en outre que la Malaisie n'a pas montré en quoi le système INN serait approprié dans un contexte stratégique complètement différent.

7.380. Le Groupe spécial observe qu'il apparaît que la deuxième mesure de rechange proposée par la Malaisie, c'est-à-dire un système de certification qui s'appuie sur les autorités publiques pour certifier que des lots individuels de biocarburants n'ont pas été produits d'une manière illicite, non déclarée et non réglementée, ou d'une manière qui "a causé un changement pertinent dans l'affectation des sols", est sans lien avec l'objectif spécifique poursuivi par la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il apparaît également que cette mesure de rechange proposée vise les *CDAS* associés à la production de *lots individuels* de biocarburants dérivés de cultures, au lieu d'être une mesure de rechange qui apporterait une contribution équivalente à son objectif choisi de limitation du risque d'émissions de GES liées aux *CIAS* associées aux biocarburants dérivés de cultures. Étant donné que l'objet des mesures en cause est différent de celui de la mesure de rechange proposée, les mesures contestées continueraient d'être à même d'apporter une contribution importante à leur objectif si elles s'appliquaient parallèlement à la mesure de rechange proposée. Par conséquent, il apparaît que la deuxième mesure de rechange est une mesure complémentaire, et non une véritable mesure de rechange, par rapport aux mesures de l'UE en cause.

[545] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 651 à 657; et deuxième communication écrite, paragraphes 231 et 232.
[546] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 655.
[547] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 655.
[548] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 934 à 942; et réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphes 685 à 687.

***Troisième mesure de rechange proposée: une certification par des organisations non gouvernementales existantes, telle que dans le cadre de la Certification internationale de durabilité et de carbone (ISCC), et de la Table ronde pour l'huile de palme durable (RSPO) et la RSPO-RED***

7.381. La Malaisie fait valoir[549] que des "prescriptions en matière de certification renforcées", laissant de côté l'approche arbitraire fondée sur le risque élevé de CIAS et la certification purement théorique relative au faible risque de CIAS, seraient une option de rechange raisonnablement à la disposition de l'Union européenne et moins restrictive pour le commerce. Elle fait référence à deux systèmes de certification volontaires qui "existent déjà et fonctionnent depuis plusieurs années dans ce même domaine de réglementation, notamment la certification des matières premières pour biocarburants durables: i) l'ISCC; et la RSPO, avec le programme spécifique RSPO-RED".[550] Elle indique que l'ISCC "permet la mise en place et la certification de chaînes d'approvisionnement durables, "zéro déforestation" et traçables" pour les matières premières, et que "[l]a Commission européenne a reconnu le système de certification "ISCC UE" en 2011. Depuis lors, les producteurs d'huile de palme ont pu démontrer qu'ils se conformaient aux prescriptions en matière de durabilité de la Directive RED I dans tous les États membres de l'UE en obtenant un certificat "ISCC UE"".[551] La Malaisie explique qu'un cadre de certification spécifique connu sous le nom de programme "RSPO-RED" avait été mis en place par la RSPO à des fins de conformité avec la Directive RED I. Selon elle, ces mesures de rechange sont en place pour assurer la conformité avec les critères de durabilité introduits dans le cadre de la Directive RED I "et ne diffèrent que de façon minime de l'approche choisie par l'UE dans le cadre de la Directive RED II en ce qui concerne les CIAS".[552]

7.382. L'Union européenne répond[553] que la RSPO-RED est un programme mis en place en réponse à la Directive RED I, qui n'aborde donc que les CDAS et n'est pas pertinent pour les CIAS. Elle explique que les CIAS doivent être traités en plus de ces programmes, précisément parce que les "critères de durabilité" (et donc le système de certification RED) ne sont pas conçus pour traiter les CIAS. Elle indique que la Malaisie n'explique pas comment ces mesures de rechange pourraient apporter une contribution équivalente aux objectifs recherchés dès lors qu'elles ne traitent pas les risques de CIAS, ni ce qu'elle entend par "renforcées" dans ce contexte. Elle ajoute que, dans la mesure où cette prescription en matière de certification renforcée se limiterait à l'évaluation du changement dans l'affectation des sols concerné dans une juridiction donnée, "la solution de rechange de la Malaisie en ce qui concerne la certification ne tient pas compte du fait que les CIAS sont mondiaux par nature et que des matières premières différentes présentent des risques de CIAS différents."[554]

7.383. Le Groupe spécial observe qu'il apparaît également que la troisième mesure de rechange proposée par la Malaisie, c'est-à-dire la certification par des organisations non gouvernementales existantes, est sans lien avec l'objectif spécifique poursuivi par la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il apparaît également que cette mesure de rechange proposée vise les *CDAS* associés à la production de *lots individuels* de biocarburants dérivés de cultures, au lieu d'être une mesure de rechange qui apporterait une contribution équivalente à son objectif choisi de limitation du risque d'émissions de GES liées aux *CIAS* associées aux biocarburants dérivés de cultures. Il apparait que la principale différence entre la deuxième et la troisième mesures de rechange réside dans le type d'organisme (gouvernemental ou non gouvernemental) qui serait chargé de certifier les lots individuels. Étant donné que l'objet des mesures en cause est différent de celui de la mesure de rechange proposée, les mesures contestées continueraient d'être à même d'apporter une contribution importante à leur objectif si elles s'appliquaient parallèlement à la mesure de rechange proposée. Par conséquent, il apparaît que la troisième mesure de rechange est une mesure complémentaire, et non une véritable mesure rechange, par rapport aux mesures de l'UE en cause.

[549] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 658 à 666; et deuxième communication écrite, paragraphes 234 à 236.
[550] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 658.
[551] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 659 et 660.
[552] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 666.
[553] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 944 à 948; et réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphes 688 à 690.
[554] Union européenne, réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphe 690.

### *Quatrième mesure de rechange proposée: des contingents en matière d'accès aux marchés*

7.384. La Malaisie fait valoir[555] que l'établissement par l'Union européenne d'un système de contingents en matière d'accès aux marchés aurait été une autre mesure de rechange. Ces contingents auraient permis la comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables jusqu'à concurrence de la quantité utilisée dans l'Union européenne lorsque la matière première pertinente dépasse le seuil à partir duquel elle peut être considérée comme présentant un risque élevé de CIAS, comme il est indiqué à l'article 3 du Règlement délégué. Plus spécifiquement, la Malaisie estime que les quantités à considérer comme admissibles au bénéfice d'un contingent sur le marché de l'UE pour les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses auraient pu être calculées sur la base de la part de chaque biocarburant dérivé de cultures oléagineuses sur le marché de l'UE au moment où les critères de détermination du risque élevé de CIAS ont été atteints pour la première fois. Elle fait valoir qu'il est à la fois illogique et indûment restrictif pour le commerce d'exclure la totalité de la production de tel ou tel biocarburant dérivé de cultures oléagineuses une fois que le taux d'expansion vers des terres présentant un important stock de carbone a atteint le seuil à partir duquel il y a un risque élevé de CIAS et, par la suite, de soumettre toute quantité de cette matière première à prendre en compte aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables à la certification relative au faible risque de CIAS. Selon elle, la mise en œuvre pratique de ce mécanisme ne serait pas plus difficile pour l'Union européenne que ce qu'elle met et a mis souvent en œuvre pour de nombreux autres produits agricoles (par exemple les bananes, le sucre, la viande de volaille, la viande de bœuf, etc.) au moyen de contingents tarifaires et de procédures de licences d'importation compatibles avec les règles de l'OMC, en répartissant les contingents entre les différents pays producteurs.

7.385. L'Union européenne répond[556] que maintenir des contingents indépendamment de l'association d'une certaine matière première pour biocarburants dérivés de cultures oléagineuses à une certaine avancée sur des terres présentant un important stock de carbone irait à l'encontre de l'objectif consistant à ne pas encourager les matières premières présentant un risque élevé de CIAS. Elle ajoute que cette mesure de rechange consistant à plafonner les importations de biocarburants présentant un risque élevé de CIAS à un certain niveau pourrait prendre la forme soit d'un système de restrictions à l'importation, ce qui constituerait une violation de l'article XI du GATT de 1994, soit *de facto* d'un système de contingents tarifaires associé à des droits prohibitifs hors contingent, ce qui serait contraire à la liste tarifaire de l'UE et donc à l'article II du GATT de 1994. Par conséquent, cette mesure de rechange serait incompatible avec les règles de l'OMC et n'est donc pas disponible.

7.386. Le Groupe spécial estime que la quatrième mesure de rechange proposée par la Malaisie, c'est-à-dire le maintien d'un système de contingents en matière d'accès aux marchés qui permettrait de comptabiliser les biocarburants contenant des matières premières présentant un risque élevé de CIAS aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables jusqu'à concurrence de la quantité consommée dans l'Union européenne lorsque la matière première pertinente dépasse le seuil à partir duquel elle peut être considérée comme présentant un risque élevé de CIAS, comme il est indiqué à l'article 3 du Règlement délégué, n'apporterait pas une contribution équivalente à l'objectif poursuivi par rapport à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il apparait que l'argument de la Malaisie repose sur des hypothèses selon lesquelles la demande mondiale d'une matière première donnée (par exemple l'huile de palme) reste fixe, que cette matière soit utilisée pour produire du biocarburant ou d'autres applications; que la demande mondiale du biocarburant correspondant (par exemple le biocarburant dérivé de l'huile de palme) reste elle aussi fixe à l'exception de la demande de l'UE; et que la seule variable qui change d'une manière qui serait pertinente pour déterminer si la matière première (par exemple l'huile de palme) franchit le seuil à partir duquel elle est considérée comme présentant un risque élevé de CIAS est le niveau de la demande de ce biocarburant particulier (par exemple le biocarburant à base d'huile de palme) dans l'UE. À moins que ces hypothèses ne soient correctes, rien ne permet de supposer en outre que le fait qu'une matière première pertinente dépasse le seuil à partir duquel elle est considérée comme présentant un risque élevé de CIAS est la conséquence

[555] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 667 à 674; et deuxième communication écrite, paragraphe 214.

[556] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 949 à 953; et réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphes 691 à 697.

de la quantité de biocarburant dérivé de cultures qui était consommée dans l'Union européenne au moment où le seuil a été dépassé, ou peut être attribué d'une autre manière à cette quantité).

7.387. Le Groupe spécial ne voit pas sur quoi reposent ces hypothèses. Il n'est pas vrai que le niveau de la demande d'un biocarburant en particulier dans l'UE (par exemple le biocarburant dérivé de l'huile de palme) soit la seule variable qui concerne le point de savoir si une matière première franchit le seuil à partir duquel elle est considérée comme présentant un risque élevé de CIAS. En effet, on ne peut attribuer une part spécifique de l'expansion à un moteur particulier de la demande.[557] Au contraire, le taux d'expansion pour une matière première donnée (par exemple l'huile de palme), qui sert de base à la détermination du point de savoir si cette matière première est déterminée comme présentant un risque élevé de CIAS, est déterminé pour la matière première dans son ensemble et indépendamment de son utilisation (par exemple les produits alimentaires, les cosmétiques, le biocarburant ou d'autres applications) et est déterminé à l'échelle mondiale. Le Groupe spécial considère donc que le volume de la consommation dans l'Union européenne à un moment donné ne serait pas un bon indicateur de la mesure dans laquelle la demande de biocarburants et de la matière première huile de palme dans l'UE peut causer des CIAS.

7.388. Le Groupe spécial observe en outre que, si l'argument de la Malaisie était correct, de sorte qu'il faudrait s'attendre à ce qu'un plafonnement à un certain niveau de la demande de biocarburant à base d'huile de palme dans l'UE bloque ou inverse singulièrement le taux d'expansion de la matière première correspondante de manière à inverser sa classification comme présentant un risque élevé de CIAS, ce résultat devrait donc censément être la conséquence du plafonnement et de la suppression progressive par l'Union européenne de sa consommation de biocarburant à base d'huile de palme. Si ce résultat se matérialisait, le mécanisme de réexamen prévu à l'article 7 du Règlement délégué devrait conduire à ce que le biocarburant dérivé de l'huile de palme ne soit plus classé comme présentant un risque élevé de CIAS.

#### *Cinquième mesure de rechange proposée: un système de certification et des prescriptions en matière de durabilité inspirés de ceux qui ont été adoptés dans le cadre du CEPA*

7.389. La Malaisie fait valoir[558] que "des prescriptions spécifiques à l'importation appliquées par lot", c'est-à-dire une mesure analogue au système de certification et aux prescriptions en matière de durabilité adoptés dans le cadre du CEPA Indonésie-AELE, seraient une autre mesure de rechange. Elle explique que cet accord commercial contient un chapitre sur le commerce et le développement durable, ainsi qu'un article intitulé "Gestion durable du secteur des huiles végétales et des échanges connexes". En avril 2021, la Suisse a adopté une "Ordonnance sur l'importation au taux préférentiel d'huile de palme de production durable en provenance d'Indonésie", qui met en œuvre l'article 8.10 du CEPA Indonésie-AELE pour la Suisse, et l'article 2 de l'Ordonnance énumère quatre systèmes de certification qui seront reconnus comme preuve du respect des objectifs de durabilité énoncés à l'article 8.10 du CEPA Indonésie-AELE, à savoir a) la RSPO "Identité préservée" (RSPO IP); b) la RSPO "Ségrégation" (RSPO SG); c) l'ISCC PLUS "Ségrégation"; et d) la certification Palm Oil Innovation Group (POIG), combinée à la RSPO IP ou RSPO SG. La Malaisie estime que cette approche de remplacement serait aussi moins restrictive pour le commerce car, au lieu d'introduire à nouveau un système de certification fondé sur des critères relatifs au faible risque de CIAS encore non définis, "elle est fondée sur des systèmes de certification déjà disponibles et appliqués, qu'il suffirait de renforcer pour qu'ils traitent aussi les changements pertinents dans l'affectation des sols".[559]

7.390. L'Union européenne répond[560] que cette suggestion de la Malaisie semble encore une fois reposer sur des critères de durabilité qui n'incluent pas les considérations liées aux CIAS, ce qui n'est pas surprenant car il semble que la Malaisie propose toujours des mesures de rechange sans tenir compte de l'approche fondée sur les CIAS, ainsi que de la possibilité du faible risque de CIAS. L'Union européenne indique qu'elle souhaiterait obtenir des explications claires sur la manière dont

[557] Comme il est expliqué plus en détail dans la section sur l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.1 et plus spécifiquement sur le point de savoir si l'incidence préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

[558] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 675 à 681.

[559] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 679.

[560] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 954 à 960; et réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphe 698.

cette "mesure de rechange" répond à ses préoccupations, car la seule référence aux CIAS dans les communications de la Malaisie concerne le fait que sa proposition "est fondée sur des systèmes de certification déjà disponibles et appliqués, qu'il suffirait de renforcer pour qu'ils traitent aussi les changements pertinents dans l'affectation des sols".[561] Elle rappelle que le système de certification RED s'applique également par lot et traite aussi des critères de durabilité. Elle indique que "[m]alheureusement, il n'est pas pertinent pour les CIAS et c'est pourquoi des considérations additionnelles sont venues affiner l'approche de l'Union européenne."[562]

7.391. Le Groupe spécial observe qu'il apparaît que la cinquième mesure de rechange proposée par la Malaisie, à savoir un système de certification et des prescriptions en matière de durabilité inspirés de ceux qui ont été adoptés dans le cadre du CEPA Indonésie-AELE, est sans lien avec l'objectif spécifique poursuivi par la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il apparaît également que cette solution de rechange proposée, comme la deuxième et la troisième, vise les *CDAS* associés à la production de *lots individuels* de biocarburants dérivés de cultures, au lieu d'être une mesure de rechange qui apporterait une contribution équivalente à son objectif choisi de limitation du risque d'émissions de GES liées aux *CIAS* associées aux biocarburants dérivés de cultures. Le Groupe spécial considère que, pour les mêmes raisons que celles qui ont été données pour les première, deuxième et troisième mesures de rechange proposées, il apparaît que la cinquième mesure de rechange est une mesure complémentaire, et non une véritable mesure de rechange, par rapport aux mesures de l'UE en cause.

#### *Sixième mesure de rechange proposée: l'approche appliquée par l'UE dans son initiative "zéro déforestation"*

7.392. Dans sa première communication écrite, la Malaisie se réfère à la proposition législative de la Commission concernant son initiative sur les chaînes d'approvisionnement "zéro déforestation".[563] Elle fait valoir que "[l]a politique choisie par l'UE en l'espèce, si elle se confirme dans la mesure qui sera finalement adoptée, est une approche fondée sur les CDAS, ce qui justifie la suggestion faite ci-dessus en ce qui concerne les mesures de rechange disponibles (par exemple le système FLEGT et le programme IUU)."[564] Selon elle, "[é]tant donné que la Commission européenne a l'intention de traiter spécifiquement la "déforestation causée par l'expansion agricole" au moyen d'instruments de politique futurs reposant sur une approche fondée sur les CDAS, la raison d'être avancée par l'UE pour les CIAS dans le cadre de la Directive RED II deviendrait obsolète."[565] Dans sa deuxième communication écrite, la Malaisie identifie l'initiative "zéro-déforestation" comme une mesure de rechange additionnelle.[566] Elle fait valoir que, contrairement aux mesures en cause, cette mesure de rechange ne prévoit pas l'exclusion d'une culture dans son intégralité, mais interdit uniquement la mise sur le marché de l'UE de produits spécifiques ayant contribué à la déforestation et prévoit des obligations de diligence raisonnable pour les opérateurs.

7.393. L'Union européenne répond[567] que les différences de portée et d'approche entre ce nouvel instrument proposé et les mesures en cause indiquent clairement qu'il n'est pas en soi une mesure de rechange raisonnablement disponible. Selon elle, l'initiative sur la déforestation est "radicalement différente de la Directive RED II, du Règlement délégué et du rapport d'état", et de telles différences ont des implications importantes pour les prétendues mesures de rechange.[568] L'Union européenne affirme qu'elle a expliqué en détail pourquoi les critères de durabilité appliquant une approche fondée sur les CDAS n'étaient pas suffisants pour traiter les CIAS et que les critères de durabilité figurant à l'article 29 de la Directive RED II ne traitent pas les CIAS.

7.394. Le Groupe spécial observe que la sixième mesure de rechange proposée par la Malaisie, c'est-à-dire l'interdiction de mettre sur le marché de l'UE des produits spécifiques ayant contribué à la déforestation sur la base de l'approche "fondée sur les CDAS" figurant dans l'initiative de l'UE sur la déforestation, peut être considérée comme étant indirectement liée à l'objectif spécifique poursuivi

[561] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 679.
[562] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 959.
[563] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 75, 634, 688 et 689.
[564] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 689.
[565] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 689.
[566] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 228 à 230.
[567] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 905 à 917; et réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphes 682 à 684.
[568] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 916 et 917.

par la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il admet que le CIAS d'une activité agricole est toujours le CDAS d'une autre activité agricole. Il admet donc qu'un système complet qui réglemente l'incidence liée aux *CDAS* des produits *autres que les biocarburants*, y compris les CDAS sous la forme d'une déforestation, pourrait potentiellement contribuer à limiter le risque d'émissions de GES liées aux *CIAS* associées aux *biocarburants dérivés de cultures*.

7.395. Cependant, une telle mesure ne neutraliserait pas ni ne rendrait superflue ou sans importance la contribution que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS apportent à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. La raison en est que seule une fraction des produits agricoles produits dans le monde est importée et consommée dans l'Union européenne et serait donc soumise à l'initiative "zéro déforestation" de l'UE. Ainsi, pour que cette mesure soit véritablement une mesure de rechange susceptible de rendre "obsolète" la raison d'être avancée par l'UE pour limiter les d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures[569], il faudrait au moins que tous les pays du monde établissent et administrent le même système. Tant que tous les pays n'auront pas adopté un système uniforme pour réglementer les CDAS de tous les produits agricoles et interdit toute nouvelle expansion des cultures sur des terres non agricoles, les mesures comme l'initiative "zéro-déforestation" resteront des mesures complémentaires, et non de véritables mesures de rechange, par rapport à la part maximale de 7% et à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

#### 7.1.2.3.6.3 Conclusion concernant les mesures de rechange proposées

7.396. Le Groupe spécial constate qu'aucune des mesures de rechange présentées par la Malaisie ne démontre que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

### 7.1.2.3.7 Conclusion concernant l'article 2.2

7.397. Le Groupe spécial conclut donc que la Malaisie n'a pas établi que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS étaient incompatibles avec l'obligation énoncée à l'article 2.2 de l'Accord OTC de faire en sorte que les règlements techniques ne soient pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime.

7.398. Un membre du Groupe spécial est arrivé à une conclusion différente, exposée dans la section 7.4 du présent rapport.

### 7.1.2.4 Article 2.1 – Non-discrimination

#### 7.1.2.4.1 Introduction

7.399. Le Groupe spécial examine maintenant l'allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Il traite cette allégation à la lumière de ses constatations au titre de l'article 2.2 et 2.4, pour les raisons déjà exposées dans son examen de l'ordre d'analyse.

7.400. La Malaisie estime[570] que l'Union européenne viole les obligations de traitement national et NPF prévues à l'article 2.1 car la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS établit une discrimination entre le biocarburant dérivé du palmier à huile en provenance de la Malaisie et le biocarburant dérivé de cultures oléagineuses similaire originaire de l'UE, ainsi qu'entre les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires d'origine étrangère différente. Plus spécifiquement, elle allègue que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS limite et exclut à terme la possibilité que le biocarburant dérivé de l'huile de palme soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, tout

[569] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 689.

[570] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 522 à 585; deuxième communication écrite, paragraphes 240 à 244; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 46 à 55 et 57 à 69; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial, paragraphes 160 à 168 et 172 à 182.

en permettant que le biocarburant produit à partir d'huile de colza et d'huile de soja soit comptabilisé aux fins de ces objectifs dans les limites de la part maximale de 7%. Elle fait valoir que l'incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme ne découle pas d'une distinction réglementaire légitime.

7.401. L'Union européenne estime[571] que la mesure contestée n'établit pas de discrimination à l'égard des produits importés et que toute différence de traitement entre les produits découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Plus spécifiquement, elle conteste que les biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja soient des produits similaires ou que la mesure a une incidence défavorable sur les possibilités de concurrence du biocarburant dérivé de l'huile de palme sur le marché de l'UE. Elle ajoute qu'en tout état de cause, toute incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime fondée sur le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées à la production d'huile de palme.

#### 7.1.2.4.2 Critère juridique

7.402. L'article 2.1 énonce l'obligation suivante:

> 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.

7.403. L'article 2.1 a été interprété et appliqué dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à ces affaires antérieures.

7.404. Conformément au texte de l'article 2.1, il doit être établi, pour ce qui concerne un règlement technique, que:

a. les produits importés sont similaires aux produits nationaux et/ou aux produits originaires d'autres pays; et

b. le traitement accordé aux produits importés est moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires et aux produits similaires en provenance d'autres pays.[572]

7.405. S'agissant du dernier élément de ce critère juridique, un groupe spécial examinant une allégation au titre de l'article 2.1 devrait chercher à déterminer "si le règlement technique en cause modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux similaires ou des produits similaires originaires de tout autre pays".[573] Toutefois, une constatation de l'existence d'une incidence préjudiciable à elle seule n'est pas déterminante pour l'existence d'un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1. Au contraire, lorsqu'il évalue une allégation au titre de cette disposition, un groupe spécial doit analyser en outre si l'incidence préjudiciable sur les produits importés découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.[574]

---

[571] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 599 à 769; deuxième communication écrite, paragraphes 60 à 101; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 437 à 465, 471 à 474, 476 à 482 et 484 à 517; et observations sur les réponses de la Malaisie aux questions du Groupe spécial, paragraphes 184 à 198 et 211 à 222.

[572] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 87; *États-Unis – EPO*, paragraphe 267; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 202.

[573] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; et *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 180.

[574] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; *États-Unis – EPO*, paragraphe 271; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.311.

7.406. D'une manière générale, les parties ne contestent pas le critère juridique établi au titre de l'article 2.1.[575] En l'absence de tout désaccord entre les parties, le Groupe spécial se fonde sur la même interprétation du critère juridique applicable.

7.407. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.2.4.3 Produits similaires

7.408. La Malaisie estime que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS établit une discrimination à l'égard du biocarburant dérivé de l'huile de palme, qui est similaire à d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, en particulier ceux qui sont produits à partir d'huile de colza et d'huile de soja.[576] Elle fait valoir que les trois types de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses ont des caractéristiques physiques de base et des utilisations finales identiques ou similaires et que cette similitude se reflète également dans les goûts et habitudes des consommateurs, ainsi que dans la classification tarifaire.[577]

7.409. L'Union européenne soutient que la Malaisie n'a pas correctement identifié l'ensemble des produits similaires en limitant indûment le champ de l'analyse de la similarité aux biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja.[578] Elle conteste en outre que le biocarburant dérivé de l'huile de palme soit similaire au biocarburant produit à partir d'huile de colza ou d'huile de soja, parce que les caractéristiques physiques, les utilisations finales ou les goûts et habitudes des consommateurs sont différents.[579] Elle présente aussi un argument subsidiaire selon lequel, si le Groupe spécial devait constater que les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja étaient similaires au biocarburant dérivé de l'huile de palme, alors d'autres biocarburants produits à partir d'huile de tournesol, de déchets et de graisses animales seraient également des produits similaires.[580]

##### 7.1.2.4.3.1 Considérations préliminaires

7.410. Pour commencer, le Groupe spécial juge utile d'expliquer brièvement certaines caractéristiques des biocarburants, ainsi que la terminologie connexe, qui sont pertinentes pour l'analyse qui suit. Il examine ensuite la question litigieuse de savoir si, aux fins de l'analyse de la similarité dans le cadre de cette allégation, la Malaisie a correctement identifié l'"ensemble des produits similaires".[581] Après avoir exposé ces considérations préliminaires, il examine la question litigieuse de savoir si les biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja sont des produits similaires.

###### *Caractéristiques des biocarburants*

7.411. La catégorie générale des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses désigne les biocarburants qui sont produits à partir d'huiles végétales ou tropicales provenant de diverses cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, y compris le palmier à huile, le soja, le colza,

[575] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 524; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 601. Dans leur communication en tant que tierce partie, les États-Unis estiment que le critère juridique établi au titre de l'article 2.1, et en particulier la prescription exigeant que toute incidence préjudiciable sur les produits importés "découle exclusivement" d'une distinction réglementaire légitime, n'a aucun fondement dans le texte de l'Accord OTC et réduit considérablement la portée de l'action réglementaire autorisée par l'Accord. À leur avis, une mesure n'est pas incompatible avec l'article 2.1 ou l'article III:4 si l'incidence préjudiciable subie par les importations s'explique par des facteurs sans rapport avec l'origine étrangère du produit. (États-Unis, communication en tant que tierce partie, paragraphes 11 à 20)

[576] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 536.

[577] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 536 à 546; réponses aux questions n° 75 à 85 du Groupe spécial; et observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 81 du Groupe spécial.

[578] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 610 à 628; et deuxième communication écrite, paragraphe 69.

[579] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 630 à 676; deuxième communication écrite, paragraphes 70 à 74; et réponses aux questions n° 84 et 85 du Groupe spécial.

[580] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 615 et 621.

[581] La constatation du Groupe spécial à cet égard sera également pertinente pour l'évaluation d'autres allégations de discrimination formulées par la Malaisie, dans les cas où l'Union européenne soulève la même question.

le tournesol, etc.[582] Celles-ci sont soumises à un processus appelé transestérification, qui consiste à mélanger les acides gras de l'huile d'origine végétale ou animale avec de l'alcool et un catalyseur.[583] Le biocarburant produit par cette méthode est appelé biodiesel et sa composition chimique est celle d'un ester méthylique d'acide gras (EMAG).[584] Le biodiesel (ou EMAG) produit à partir d'huile de palme est appelé ester méthylique de palme (EMP); celui qui est produit à partir d'huile de colza est appelé ester méthylique de colza (EMC); et celui qui est produit à partir d'huile de soja est appelé ester méthylique de soja (EMS).[585]

7.412. Le biodiesel peut aussi être produit à partir de graisses animales et de déchets, tels que les huiles de cuisson usagées.[586] Le biodiesel, souvent un mélange de divers biocarburants, est mélangé à du diesel, qui est ensuite vendu comme carburant utilisé pour le transport. Il convient de distinguer le biodiesel du bioéthanol, qui est produit à partir de plantes sucrières et riches en amidon par le processus de fermentation des sucres contenus dans ces plantes.[587] Contrairement au biodiesel, le bioéthanol est mélangé à de l'essence.

7.413. Les cultures oléagineuses sont aussi utilisées comme matières premières pour la production d'huile végétale hydrotraitée (HVH) ou de biocarburants obtenus par transformation de la biomasse en liquide (carburants BTL). L'HVH est produite au moyen du processus d'hydrogénation, par lequel l'oxygène est séparé du triglycéride de l'huile en utilisant de l'hydrogène.[588] Contrairement au biodiesel, la composition chimique de l'HVH est semblable à celle du carburant diesel. En conséquence, l'HVH est particulièrement adaptée pour remplacer le carburant diesel et est parfois appelée "diesel renouvelable" ou "diesel vert".[589] Pour produire des carburants BTL, la biomasse est convertie en gaz de synthèse par décomposition et gazéification, qui est ensuite converti par catalyse en arcanes au moyen de la synthèse Fischer–Tropsch.[590]

### *Identification de l'ensemble des produits similaires*

7.414. L'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.1 concerne le traitement du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé par rapport au traitement du biocarburant dérivé de l'huile de colza et du biocarburant dérivé de l'huile de soja similaires qui sont originaires de l'UE ou d'origine étrangère. Bien que la Malaisie fasse référence en termes généraux dans ses communications aux "biocarburants dérivés de cultures oléagineuses", elle confirme que son allégation est axée sur le traitement de l'EMP par rapport à celui de l'EMC et de l'EMS, qu'elle appelle de manière interchangeable biocarburant dérivé du palmier à huile, biocarburant dérivé de culture oléagineuse de colza et biocarburant dérivé de culture oléagineuse de soja.[591] Elle explique en outre que l'HVH peut être fabriquée à partir de toutes les matières premières pour biocarburants de manière interchangeable.[592]

7.415. L'Union européenne conteste l'identification que fait la Malaisie de l'ensemble des produits similaires. Selon elle, la Malaisie a indûment limité l'analyse de la similarité à un sous-ensemble des biocarburants qui, "selon [la] logique [de la Malaisie], aurait dû être inclus dans l'ensemble des

[582] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 27.
[583] European Technology and Innovation Platform, "Transesterification to biodiesel" (pièce MYS-113), page 2. Les matières premières pour la production de biodiesel comprennent non seulement les huiles végétales mais aussi d'autres matières premières d'origine organique, telles que les huiles de cuisson usagées (HCU) ou les graisses animales.
[584] C'est le cas si le méthanol est utilisé comme catalyseur. European Technology and Innovation Platform, "Transesterification to biodiesel" (pièce MYS-113), page 2.
[585] L'abréviation "SME" est aussi parfois employée en anglais pour "soybean methyl ester oil" (ester méthylique d'huile de soja). Dans le présent différend, le Groupe spécial utilise le terme SBME en anglais (EMS en français) pour éviter toute confusion avec l'expression "sunflower methyl ester" (ester méthylique de tournesol).
[586] European Technology and Innovation Platform, "Transesterification to biodiesel" (pièce MYS-113), page 2.
[587] T. Seljak, M. Buffi, A. Valera-Medina, C.T. Chong, D. Chiaramonti, T. Katrasnik, "Bioliquids and their use in power generation – A technology review", Renewable and Sustainable Energy Reviews 129 (2020) 109930, (Exhibit EU-261), p. 6.
[588] Greenea, "Is HVO the Holy Grail of the world biodiesel market?", (Exhibit MYS-14), p. 2.
[589] Greenea, "Is HVO the Holy Grail of the world biodiesel market?", (Exhibit MYS-14), p. 2.
[590] Greenea, "Is HVO the Holy Grail of the world biodiesel market?", (Exhibit MYS-14), p. 2.
[591] Malaisie, réponses à la question n° 75 du Groupe spécial et observation sur les réponses de l'Union européenne à la question n° 81 du Groupe spécial.
[592] Malaisie, réponse à la question n° 75 du Groupe spécial.

produits similaires".[593] S'appuyant sur la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Union européenne estime qu'une analyse appropriée de la similarité devrait concerner l'"ensemble" des produits similaires, ce qui va au–delà des produits indiqués par la Malaisie.[594] Cet ensemble est déterminé sur la base du rapport de concurrence entre et parmi les produits et s'étend au–delà des biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de huile de soja.[595] Selon l'Union européenne, la Malaisie n'explique pas l'exclusion d'un certain nombre de produits de l'analyse de la similarité, tels que l'HVH et les biocarburants produits à partir de certaines autres huiles végétales et tropicales, de graisses animales et de déchets.[596] L'Union européenne estime qu'une comparaison qui se limite au traitement accordé à certains produits similaires choisis fausse le résultat de l'analyse en ne reflétant pas l'incidence globale de la mesure sur les produits similaires importés de Malaisie et les produits similaires originaires de l'UE et d'origine étrangère.[597] À cet égard, elle signale que l'HVH à base d'huile de palme représente jusqu'à 10% du biocarburant produit dans l'UE.[598]

7.416. La Malaisie rejette l'argument de l'Union européenne selon lequel elle a identifié de façon incorrecte les produits similaires devant être comparés.[599] Selon elle, il convient d'axer l'analyse des produits similaires sur les trois types de biocarburants, à savoir les biocarburants fabriqués à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja, que ce soit sous forme d'EMAG ou d'HVO.[600] La Malaisie soutient que l'huile de tournesol n'a été utilisée que marginalement pour produire du biocarburant dans les États membres de l'UE et qu'il est parfaitement raisonnable de ne pas inclure ce produit dans l'analyse.[601]

7.417. Le Groupe spécial considère qu'un plaignant dispose d'une certaine latitude dans la manière dont il formule son allégation au titre de l'article 2.1, y compris l'indication des produits importés et des produits nationaux à comparer. Toutefois, cela ne signifie pas que le choix des produits à comparer que fait un plaignant aux fins d'une analyse de la similarité est exempt de tout examen. On ne peut exclure que, dans des circonstances factuelles particulières, un plaignant identifie uniquement un sous–ensemble artificiellement défini de produits similaires à comparer d'une manière qui pourrait donner une image déformée de l'incidence défavorable de la mesure sur les groupes des produits similaires tels qu'il les a définis. Cela semble être la préoccupation qui a été reconnue par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, sur laquelle l'Union européenne s'appuie[602], lorsqu'il indique qu'"un groupe spécial n'est pas tenu par son mandat de limiter son analyse aux produits que le Membre plaignant a indiqués".[603] Par conséquent, un groupe spécial doit pouvoir aller au–delà des produits similaires indiqués par le plaignant pour déterminer les produits nationaux et les produits d'origine étrangère qui se trouvent dans un rapport de concurrence suffisamment étroit avec les produits importés du Membre plaignant pour être considérés comme similaires.[604]

7.418. Toutefois, le Groupe spécial ne considère pas que l'indication des produits à comparer que fait la Malaisie aux fins de son allégation au titre de l'article 2.1 vise à fausser artificiellement le résultat de l'évaluation. Les parties ne contestent pas que les importations de biocarburant de l'Union européenne en provenance de Malaisie consistent exclusivement en biocarburant dérivé du palmier à huile, et plus spécifiquement en EMP.[605] Elles ne contestent pas non plus que l'Union européenne produit et importe d'autres pays du biocarburant produit à partir d'huile de colza, d'huile

[593] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 612 et 628.
[594] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 608 et 609; et observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 194 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 191 et 192).
[595] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 609 à 624; et observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 194.
[596] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 613 à 618, 624 et 625.
[597] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 619.
[598] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 618.
[599] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 59; et deuxième communication écrite, paragraphe 240.
[600] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 60.
[601] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 61.
[602] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 191 à 194.
[603] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 191.
[604] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 191.
[605] Malaisie, réponse à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphes 52 et 53; Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1168 à 1172.

de soja et d'huile de palme.[606] Dans ces circonstances, et étant donné en particulier que la Malaisie ne produit pas de biocarburant à l'échelle commerciale à partir d'autres matières premières que l'huile de palme, on ne voit pas très bien comment l'inclusion de biocarburants produits à partir d'autres matières premières que l'huile de palme, l'huile de colza et l'huile de soja dans l'évaluation du traitement moins favorable fausserait artificiellement le résultat de l'évaluation.[607]

7.419. De plus, le Groupe spécial juge dénué de pertinence le recours de l'Union européenne au rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)* pour corroborer l'idée qu'une analyse de la similarité doit englober l'"ensemble des produits similaires".[608] Dans ce différend, l'Organe d'appel n'a pas reproché au Groupe spécial de ne pas avoir évalué si tous les produits qui se trouvaient potentiellement dans un rapport de concurrence étaient similaires, mais d'avoir limité la comparaison du traitement accordé par la mesure à un sous-ensemble des produits dont le Groupe spécial avait constaté qu'ils étaient similaires.[609] Les constatations de l'Organe d'appel concernent donc un autre type de situation et n'étayent pas l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle, en règle générale, un plaignant est obligé d'identifier l'"ensemble des produits similaires".

7.420. Le Groupe spécial note que l'Union européenne fait valoir que, s'il devait constater que le biocarburant dérivé de l'huile de colza et le biocarburant dérivé de l'huile de soja étaient similaires au biocarburant dérivé de l'huile de palme, alors d'autres biocarburants produits à partir d'huile de tournesol, de déchets et de graisses animales seraient aussi des produits similaires.[610] Toutefois, il considère que l'Union européenne n'a pas étayé cette affirmation par des arguments ou des éléments de preuve suffisants. L'Union européenne fait référence en termes généraux à certaines caractéristiques de l'HVH, mentionne des constatations dans une décision concernant une fusion et une mesure de défense commerciale selon lesquelles l'HVH et les EMAG sont interchangeables, renvoie à un rapport du gouvernement des États-Unis constatant que les EMAG faisaient face à une forte concurrence de la part de l'HVH, et s'appuie sur des données montrant une augmentation de l'utilisation des déchets et des graisses animales comme matières premières pour biocarburants afin de faire valoir que ceux ci sont en concurrence avec l'EMP, l'EMS et l'EMC.[611] À part cela, toutefois, elle ne se lance pas sérieusement dans un examen de la question de savoir si l'un quelconque de ces produits est similaire au biocarburant dérivé de l'huile de palme.

7.421. Le Groupe spécial conclut qu'aux fins de son allégation au titre de l'article 2.1, la Malaisie peut limiter la portée de sa démonstration de l'existence de "produits similaires" à une comparaison des biocarburants produits à partir d'huile de colza et d'huile de soja avec le biocarburant dérivé de l'huile de palme, en ce qui concerne tant les EMAG que l'HVH.

#### 7.1.2.4.3.2 Analyse de la similarité

7.422. Les parties conviennent qu'à l'instar des articles I:1 et III:4, l'analyse de la similarité au titre de l'article 2.1 implique une détermination de la "nature et de l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits".[612] Dans leurs communications, les deux parties s'appuient aussi sur quatre critères pertinents pour évaluer si des produits sont similaires:

---

[606] Malaisie, réponse à la question n° 83 du Groupe spécial; Union européenne, réponse à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 457.

[607] Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Organe d'appel est arrivé à une conclusion semblable en se fondant sur les circonstances factuelles établies par le Groupe spécial. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 200)

[608] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 612.

[609] Bien qu'il ait constaté que les produits du thon des États-Unis et les produits du thon originaires d'autres pays étaient similaires, le Groupe spécial a uniquement examiné l'incidence de la mesure sur les produits du thon mexicains élaborés avec du thon capturé par des méthodes autres que l'encerclement des dauphins et l'incidence de la mesure sur les produits du thon des États-Unis ou d'autres origines élaborés avec du thon capturé par des méthodes autres que l'encerclement des dauphins. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.70)

[610] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 614, 615 et 621.

[611] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 615 à 622; et réponse à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphe 449.

[612] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 528 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 120). Union européenne, première communication écrite, paragraphe 637.

a. les propriétés physiques des produits;

b. la mesure dans laquelle les produits peuvent avoir les mêmes utilisations finales ou des utilisations finales semblables;

c. la perception des produits par les consommateurs en tant que solutions de rechange; et

d. la classification tarifaire des produits.[613]

7.423. De fait, lorsqu'ils ont été appelés à évaluer si des produits étaient similaires dans le contexte des obligations de non–discrimination, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont fréquemment appuyés sur les quatre critères susmentionnés qui avaient été établis dans le rapport du Groupe de travail des ajustements fiscaux à la frontière.[614] Ils l'ont fait lorsqu'ils ont examiné des allégations au titre des articles I:1 et III du GATT de 1994, ainsi que des allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.[615]

7.424. Le Groupe spécial suivra la même approche générale, en gardant à l'esprit que la notion de "produits similaires" peut varier en fonction de l'obligation spécifique en cause[616] et que les quatre critères de similarité ne constituent pas "une liste de critères énoncée dans un accord" ni une "liste définitive" pour déterminer la qualification juridique des produits.[617] La détermination du Groupe spécial sur le point de savoir si des produits sont similaires doit donc être fondée sur tous les éléments de preuve pertinents qui se rapportent à chacun des quatre critères, dont aucun n'est déterminant pour la conclusion du Groupe spécial.[618] Le Groupe spécial devrait les examiner d'une manière globale, tout en restant conscient de ce qui suit:

> Dans bien des cas, les éléments de preuve donneraient des indications contradictoires, peut–être même dans le cadre de chacun des quatre critères. Par exemple, il peut y avoir quelques éléments de preuve indiquant des propriétés physiques semblables et quelques éléments de preuve indiquant des propriétés physiques différentes. Ou bien, les propriétés physiques peuvent différer complètement et il peut quand même y avoir de solides éléments de preuve indiquant des utilisations finales semblables et un degré élevé de substituabilité des produits du point de vue du consommateur.[619]

7.425. La question primordiale est donc de savoir si le niveau de concurrence entre les produits est suffisamment étroit pour qu'ils soient considérés comme similaires. L'Organe d'appel a reconnu ce qui suit à cet égard qu'"[i]l 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".[620] L'Organe d'appel a également constaté que "[l]'article 2.1 exige du groupe spécial qu'il identifie les produits nationaux qui se trouvent dans un rapport de concurrence suffisamment étroit avec les produits importés du Membre plaignant pour être considérés comme des produits similaires au sens de cette disposition".[621]

7.426. Ayant rappelé les principes juridiques applicables qui guideront son analyse, le Groupe spécial passe à l'analyse des différents aspects du rapport de concurrence entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme et les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja.

---

[613] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 530 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101). Union européenne, première communication écrite, paragraphe 637.

[614] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 85; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.121.

[615] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.281

[616] Rapports de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 24; *CE – Amiante*, paragraphe 102; et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.122.

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

[618] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 101 à 103. Voir aussi Équateur, communication en tant que tierce partie, pages 17 et 18.

[619] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 120.

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

[621] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 191.

### *Propriétés physiques*

7.427. La Malaisie estime que l'EMP, l'EMC et l'EMS partagent un certain nombre de caractéristiques physiques semblables et ont la même structure chimique que l'EMAG.[622] En ce qui concerne la TLF, elle fait valoir qu'"il [pouvait] être aisément remédié à toute différence entre les valeurs de la TLF de l'EMAG soit en mélangeant différents types de biodiesels, soit en utilisant des additifs dans un biodiesel pur, en particulier en hiver".[623] L'Union européenne fait valoir que les caractéristiques pertinentes pour évaluer si le biocarburant dérivé de l'huile de palme, le biocarburant dérivé de l'huile de colza et le biocarburant dérivé de l'huile de soja sont similaires comprennent la TLF, la valeur du cétane et l'indice d'iode.[624] Elle considère que la Malaisie n'a pas expliqué si les mélanges EMAG utilisés dans le nord de l'Europe contenaient de l'huile de palme ni combien de pays étaient concernés, et si le biocarburant dérivé de l'huile de palme pouvait remplacer complètement d'autres biocarburants dans les mélanges EMAG dans le sud de l'Europe.[625]

7.428. Le Groupe spécial observe que le biodiesel, ou EMAG, se caractérise par la composition chimique de base des esters monoalkyles d'acides gras à chaîne longue dérivés d'huiles végétales ou de graisses animales.[626] La composition chimique exacte de ce type de biocarburant dépend de la composition en acides gras des matières premières et détermine certaines des propriétés du carburant.[627] Toutefois, le fait que les trois carburants biodiesel sont produits à partir de matières premières différentes ne saurait être pertinent pour l'analyse du Groupe spécial que dans la mesure où cela influe sur le rapport de concurrence entre les produits finals.[628]

7.429. Les parties ne contestent pas que l'EMP, l'EMC et l'EMS partagent la composition chimique de base de l'EMAG. Les divergences de vues entre les parties portent sur l'importance des différences dans certaines propriétés spécifiques des trois biocarburants. Afin de répondre à ces arguments, le tableau 3 donne un aperçu des différentes propriétés physiques et chimiques de base pertinentes des biocarburants, suivi d'une brève explication fournie par la Malaisie.

**Tableau 3: Propriétés physiques de l'EMP, de l'EMC et de l'EMS[629]**

| Propriétés | EMP | EMC | EMS |
|---|---|---|---|
| VC | 62 | 56–61 | 48–56 |
| ΔH (kJ kg–) | 37400–38320 | 37300–37780 | 39720–40080 |
| PT(°$C$) | 15 ± 1 | 0 ± 1 | 1± 1 |
| PE(°$C$) | –9 ± 1 | –9 ± 1 | -5 ± 1 |
| TLF(°$C$) | 12 ± 1 | -7 ± 1 | -4 ± 1 |
| ISH(h) | 10,3± 0,1 | 6,4 ± 0,1 | 5,0 ± 0,1 |
| V ($mm^{-2}s^{-1}$) | 4,58 ± 0,01 | 4,42 ± 0,01 | 4,12 ± 0,01 |
| lub (µm) | 126 ± 1 | 169 ± 1 | 136 ± 3 |
| IA (mg de KOH g–1) | 0,01 ± 0,01 | 0,01 ± 0,01 | 0,04 ± 0,01 |
| Indice d'iode | 54 | 110 | 134 |

7.430. La Malaisie explique les différentes caractéristiques du biodiesel comme suit:

> La valeur du cétane (VC) est la capacité du carburant à s'enflammer rapidement après l'injection. Plus la valeur est élevée, meilleure est [l'inflammation] du carburant. Ce paramètre important est pris en compte lors du choix des EMAG à utiliser comme biodiesel. La VC est incluse dans une spécification de qualité pour les carburants qui figure dans la norme relative au diesel pétrole. La VC du biodiesel dérivé du palmier à huile est plus élevée que celle de la norme (>51) parce que l'huile de palme et l'huile de palmiste sont riches en acides gras saturés. Les [propriétés d'écoulement à froid comprennent] trois paramètres importants pour les caractéristiques à basse température du carburant biodiesel, à savoir le PT (point de trouble), le PE (point d'écoulement) et la TLF (température limite de filtrabilité). Au point de trouble (PT), les cristaux deviennent d'abord visibles sous forme de nuage lorsque le carburant est

[622] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 537.
[623] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 70.
[624] Union européenne, réponse à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphes 451 à 454.
[625] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 648.
[626] Moser, "Biodiesel Production, Properties, and Feedstocks" (pièce MYS-119), page 286.
[627] Moser, "Biodiesel Production, Properties, and Feedstocks" (pièce MYS-119), page 287.
[628] Rapports du Groupe spécial *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 7.37.
[629] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 537.

> refroidi dans les conditions décrites par la norme ASTM D2500–09 ou la norme ISO 3015:1992. Le point d'écoulement (PE) est la température la plus basse à laquelle le carburant peut s'écouler et la quantité de cire qui se cristallise est suffisante pour gélifier le carburant. La viscosité (V) est l'une des propriétés les plus importantes du biodiesel. Elle influe sur la facilité de démarrage du moteur, la qualité de la pulvérisation, la taille des particules (gouttelettes), la pénétration du jet injecté et la qualité de la combustion du mélange carburant–air. La viscosité du carburant a une limite supérieure et une limite inférieure. Le carburant dont la viscosité est trop faible produit une pulvérisation très fine, les gouttelettes ayant une masse et une vitesse très faibles. Il en résulte une pénétration insuffisante et la formation d'une fumée noire propre à une combustion sans oxygène (près de l'injecteur). Un biodiesel trop visqueux conduit à la formation de grosses gouttelettes, qui pénétreront la paroi opposée à l'injecteur. La lubrification décrit la capacité du carburant à réduire le frottement entre les surfaces qui sont soumises à une charge. Cette capacité réduit le dommage qui peut être causé par le frottement dans les pompes à carburant et les injecteurs. La lubrification est un élément important à prendre en compte lors de l'utilisation de carburants à faible ou très faible teneur en soufre. Le biodiesel peut être utilisé pour améliorer la lubrification. La qualité du biodiesel peut être affectée par l'oxydation pendant le stockage (au contact de l'air) et la dégradation hydrolytique (au contact de l'eau). Ces deux processus peuvent être caractérisés par la stabilité oxydante et la stabilité hydrolytique du biodiesel. L'oxydation du biodiesel peut se produire pendant le stockage en attendant la distribution ou dans le système de carburation des véhicules automobiles lui–même. La stabilité du biodiesel peut concerner deux aspects: la stabilité du stockage à long terme ou le vieillissement et la stabilité à des températures ou des pressions élevées lors de la recirculation du carburant dans le système d'alimentation en carburant. L'indice d'iode est une mesure de l'insaturation totale des acides gras, mesurée en g d'iode/100 g d'échantillon de biodiesel, lorsqu'on ajoute formellement de l'iode aux doubles liaisons. Un biodiesel ayant un indice d'iode élevé s'oxyde facilement au contact de l'air.[630]

7.431. De l'avis du Groupe spécial, il ressort de l'aperçu figurant plus haut qu'un certain nombre de caractéristiques physiques de l'EMP, de l'EMC et de l'EMS, bien qu'elles ne soient pas identiques, sont similaires. Cela comprend les propriétés particulièrement pertinentes pour la nature des produits en tant que biocarburant, telles que la viscosité, la densité et le point éclair. Le Groupe spécial note que l'Union européenne n'explique pas pourquoi les propriétés autres que la TLF, la valeur du cétane et l'indice d'iode ne seraient pas pertinentes pour évaluer si les biocarburants en cause sont similaires. La non–prise ne compte de ces similitudes irait à l'encontre de la pratique établie qui consiste à procéder à une évaluation globale de la question de savoir si deux ou plusieurs produits sont similaires en se fondant sur la totalité des éléments de preuve présentés au Groupe spécial.[631] Enfin, le Groupe spécial examinera l'importance des différences dans certaines propriétés physiques, comme la TLF, pour évaluer leur incidence sur les utilisations finales et les perceptions des consommateurs d'EMP, d'EMC et d'EMS.

### *Utilisations finales*

7.432. Ayant examiné les propriétés physiques des biocarburants, le Groupe spécial passe maintenant aux principales questions à l'examen concernant le deuxième critère, à savoir la mesure dans laquelle les différents produits peuvent avoir des utilisations finales identiques ou similaires.[632]

7.433. Les différences fondamentales qui sont au centre des arguments des parties ont trait aux propriétés d'écoulement à froid, en particulier à la TLF, ainsi qu'à l'indice d'iode et à la valeur du cétane. La Malaisie fait valoir que ces différences n'affectent pas de manière significative le rapport de concurrence entre les trois biocarburants, en particulier parce qu'ils sont habituellement mélangés

[630] Malaisie, première communication écrite, note de bas de page 393.
[631] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 114.
[632] Le Groupe spécial note que les éléments de preuve relatifs à certains aspects d'un produit pourraient être pertinents pour plus d'un critère de "similarité" et que la propriété physique d'un produit peut "conditionner et limiter" ses utilisations finales (rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 126; et *CE – Amiante*, paragraphe 102). Dans la mesure où les propriétés physiques de l'EMP de l'EMC et de l'EMS "conditionnent et limitent" leurs utilisations finales, l'évaluation par le Groupe spécial des autres critères de "similarité" sera particulièrement pertinente pour déterminer l'importance des similitudes et des différences dans les propriétés physiques des produits.

ensemble et à du carburant diesel.[633] Elle ajoute qu'elle n'a pas besoin de démontrer que les produits conviennent à tous les consommateurs ou qu'ils sont effectivement en concurrence sur l'ensemble du marché.[634] L'Union européenne estime que les différences dans les caractéristiques de l'EMP, de l'EMC et de l'EMS, en particulier s'agissant des propriétés d'écoulement à froid, sont importantes et affectent leurs utilisations finales.[635]

7.434. Le Groupe spécial note que les parties ne contestent pas que l'EMP, l'EMC et l'EMS sont tous principalement utilisés en tant que biocarburant mélangé à du carburant diesel utilisé pour le transport, en plus de certaines autres applications.[636] Le désaccord des parties porte sur l'étendue de la substituabilité entre les trois types de biocarburants.

7.435. L'Union européenne fait valoir qu'étant donné la valeur plus élevée de sa TLF, la substituabilité de l'EMP avec l'EMC et l'EMS est limitée, y compris dans les mélanges.[637] Elle s'appuie à cet égard sur les normes de l'UE et des États membres de l'UE énonçant les prescriptions relatives à la TLF pour l'EMAG. Elle signale que le mélange EMAG 0, qui a une TLF de 0°C et qui est le mélange de biocarburants le plus courant sur le marché de l'UE, ne peut contenir plus de 20% d'EMP.[638] Elle fait aussi observer que l'utilisation d'EMP en tant que biocarburant est très faible dans certains États membres de l'UE au climat plus froid, tels que l'Autriche, le Danemark ou la République tchèque.[639]

7.436. La Malaisie soutient qu'il pourrait être remédié à toutes différences dans les propriétés d'écoulement à froid à l'aide de mélanges avec d'autres biocarburants ou d'additifs.[640] Elle signale à cet égard que, dans une enquête antidumping concernant des importations de biodiesel en provenance des États–Unis, la Commission européenne a constaté que les différences concernant la TLF étaient "mineures" et qu'on pouvait "aisément [y] remédi[er] soit en mélangeant différents types de biodiésel, soit en utilisant des additifs".[641]

7.437. Le Groupe spécial considère que les éléments de preuve présentés par les parties confirment que l'opérabilité à basse température est un facteur important à considérer pour l'utilisation de biocarburant dans les moteurs diesel dans les climats plus froids.[642] La TLF est la température la plus basse à laquelle un volume donné de biodiesel s'écoule à travers un filtre en treillis métallique.[643] Au–dessous de cette température, des particules solides se cristallisent dans le carburant et obstruent le filtre à carburant, ce qui rend le moteur inopérable.[644] Par conséquent, et comme le fait valoir l'Union européenne, l'EMP est moins couramment utilisé comme biocarburant dans les climats plus froids que l'EMC et l'EMS et, par implication, n'est pas pleinement substituable à ces deux derniers produits dans certaines zones géographiques.[645] Toutefois, l'EMP est plus

[633] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 538; et réponse à la question n° 85 du Groupe spécial, paragraphe 55.

[634] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 534 (faisant référence aux rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 142, et *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 220).

[635] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 644 à 656.

[636] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 540. Union européenne, réponse à la question n° 77 du Groupe spécial, paragraphe 439.

[637] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 645. L'Union européenne présente ces arguments dans le contexte des propriétés physiques des produits, mais le Groupe spécial considère que, dans la mesure où ils concernent l'utilisation de biocarburants dans des mélanges EMAG dans différents pays, ces arguments sont également pertinents pour les utilisations finales des produits.

[638] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 649.

[639] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 658.

[640] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 146 et 147.

[641] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 538 (faisant référence à Règlement (CE) n° 193/2009 de la Commission (pièce EU-134)).

[642] Moser, "Influence of Blending Canola, Palm, Soybean, and Sunflower Oil Methyl Esters on Fuel Properties of Biodiesel" (pièce EU-138), page 4304.

[643] Moser, "Biodiesel Production, Properties, and Feedstocks" (pièce MYS-119), page 301.

[644] Moser, "Influence of Blending Canola, Palm, Soybean, and Sunflower Oil Methyl Esters on Fuel Properties of Biodiesel" (pièce EU-138), page 4304.

[645] Les données relatives à la fourniture de biocarburants, communiquées au titre de la Directive sur la qualité des carburants et présentées par l'Union européenne, montrent qu'il n'a pas du tout été fourni d'EMP en tant que carburant, ou que cela s'est fait en quantités limitées, en Autriche (3,2% de l'EMAG total), en République tchèque (0,8% de l'EMAG total) et au Danemark (aucun). (Voir Austria's reporting under Article 7a of the Fuel Quality Directive for 2019 (pièce EU-141), page 56; Czech Republic's reporting under Article 7a of the Fuel Quality Directive for 2019 (pièce EU-142), pages 56 et 57; et Denmark's reporting under Article 7a of the Fuel Quality Directive for 2018 (pièce EU-143), pages 56 à 71.)

fréquemment utilisé dans d'autres régions, telles qu'en Europe occidentale et méridionale (y compris la France, les Pays–Bas, l'Espagne et l'Italie).[646] Le Groupe spécial note à cet égard que la mesure en cause ne fait pas de distinction entre les différentes parties de l'Union européenne, mais s'applique uniformément à l'ensemble de son territoire.

7.438. En outre, le Groupe spécial observe que les biocarburants sont couramment utilisés avec divers additifs, tels que les améliorants d'écoulement qui accroissent l'opérabilité des biocarburants et la portée du degré de substitution.[647] Il prend note de l'argument de l'Union européenne selon lequel le fait de mélanger des biocarburants ou de les mélanger avec des additifs en vue d'obtenir un carburant qui peut être utilisé pour le transport dans certaines conditions suggère qu'ils ont des propriétés et des qualités qui diffèrent.[648] Il ne peut cependant pas ignorer le fait que l'EMP, l'EMC et l'EMS, même s'ils sont combinés à des additifs, sont tous utilisés presque exclusivement comme carburant pour le transport. De plus, il note que dans les climats plus chauds, l'EMP, l'EMC et l'EMS sont des substituts presque parfaits et présentent un degré de concurrence très élevé.

7.439. S'agissant des différences concernant la valeur du cétane, qui reflète la capacité du carburant à s'enflammer, les études et documents de recherche présentés par les parties montrent que certaines quantités d'EMS peuvent en fait atteindre la valeur minimale prescrite par la norme EN 14214 de l'UE.[649] En outre, la valeur du cétane de l'EMS peut être augmentée par une conception spécifique du processus de distillation ou l'utilisation de ce qu'il est convenu d'appeler des "boosters de cétane".[650]

7.440. Pour ce qui est de l'indice d'iode, qui concerne la stabilité à l'oxydation du carburant, les éléments de preuve sur lesquels l'Union européenne s'appuie confirment que l'EMS n'est pas conforme à l'indice d'iode prévu dans la norme EN 14214 de l'UE pour le biodiesel, mais indiquent que "les incitations subsistent pour maximiser l'utilisation d'EMS et d'EMP en raison de leur coût moins élevé".[651] Cela montre que l'EMP, l'EMC et l'EMS sont en concurrence en tant que biocarburants, indépendamment des différences dans les indices d'iode. Le Groupe spécial note aussi que, dans le cadre d'une enquête concernant des mesures correctives commerciales, l'Union européenne a elle–même constaté que les indices d'iode de l'huile de colza et de l'huile de soja (qui déterminent l'indice d'iode du biocarburant) "correspond[aient] dans une certaine mesure".[652]

7.441. De fait, l'EMP et l'EMS ont tous deux été importés et produits dans l'Union européenne en quantités importantes, principalement pour être utilisés comme biocarburant.[653] Cela n'aurait pas été le cas s'il n'y avait eu aucune substitution entre les trois produits, ou seulement une substitution limitée, en raison de certaines différences dans leurs propriétés physiques. Une étude de marché présentée par l'Union européenne confirme qu'en 2020, l'EMC, qui est plus cher, "a eu des difficultés

[646] USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2019 (pièce EU-128), page 31.

[647] Arbeitsgemeinschaft Qualitätsmanagement Biodiesel e.V., "Cold Properties of Biodiesel" (pièce EU-140), pages 1 et 2.

[648] Arbeitsgemeinschaft Qualitätsmanagement Biodiesel e.V., "Cold Properties of Biodiesel" (pièce EU-140), pages 2 et 3.

[649] Selon l'étude, la valeur du cétane de l'EMS varie entre 48 et 56, 37 et 52, et 48 et 52. (Voir Moser, "Influence of Blending Canola, Palm, Soybean, and Sunflower Oil Methyl Esters on Fuel Properties of Biodiesel" (pièce EU-138), page 4303; K. Azly Zahan and M. Kano, "Biodiesel Production from Palm Oil, Its By-Products, and Mill Effluent: A Review", Energies, Vol. 11 (2018), 2132 (pièce MYS-20), page 9; et Eni press release of 15 April 2021: "Eni: New Systems Installed at the Venice Biorefinery to Eliminate Palm Oil Entirely" pièce EU-146, page 4.)

[650] Concawe, "Guidelines for handling and blending FAME" (pièce MYS-123), page 10.

[651] USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce EU-131), page 29.

[652] Règlement (CE) n° 193/2009 de la Commission (pièce EU-134), page 26.

[653] En 2018 et 2019, l'huile de palme a été la troisième matière première la plus utilisée pour la production de biodiesel, par opposition à l'HVH, dans l'Union européenne, après l'huile de colza et les HCU. (ETC/CME Eionet Report, Greenhouse gas intensities of road transport fuels in the EU in 2018 – Monitoring under the Fuel Quality Directive, November 2020 (pièce EU-132), page 9; et ETC/CME Eionet Report, Greenhouse gas intensities of transport fuels in the EU in 2019 – Monitoring under the Fuel Quality Directive, October 2021 (pièce EU-133), page 9) Le volume des importations de biodiesel dans l'Union européenne a fluctué au fil des années en raison des mesures de défense commerciale imposées par l'UE sur les importations de biodiesel en provenance, entre autres pays, d'Argentine et d'Indonésie. Il convient de noter que le biodiesel importé de ces deux pays, qui est respectivement presque exclusivement de l'EMS et de l'EMP, a rapidement gagné des parts de marché lorsque les mesures de défense commerciale ont été abrogées ou modifiées. (Transport and Environment, "The trend worsens: More palm oil for energy, less for food" (pièce MYS-79), pages 3 et 4)

à concurrencer l'ester méthylique d'huile de soja (EMS) et l'ester méthylique d'huile de palme (EMP) importés et moins chers", sur le marché de l'UE.[654]

7.442. De plus, le Groupe spécial note que les deux parties s'appuient sur les constatations concernant la substituabilité entre l'EMP, l'EMC et l'EMS que l'Union européenne a formulées dans le cadre d'enquêtes en matière de droits antidumping et de droits compensateurs sur les importations de biodiesel en provenance des États–Unis, ainsi que d'Argentine et d'Indonésie. La Malaisie s'appuie sur les constatations de la Commission européenne qui établissent que les différences entre les valeurs de la TLF de l'EMP, l'EMC et l'EMS sont mineures et n'ont "aucune incidence sur la plupart des mélanges vendus sur le marché communautaire".[655] Pour sa part, l'Union européenne fait référence aux constatations nuançant les conclusions des instruments de défense commerciale antérieurs concernant l'importance des différences dans les valeurs de la TLF entre différents biocarburants.[656]

7.443. Le Groupe spécial doit fonder son analyse de la similarité sur les éléments de preuve et arguments présentés par les parties et ne devrait pas accorder un poids indu aux constatations formulées par l'autorité nationale chargée de l'enquête dans le contexte de l'adoption de mesures antidumping et de mesures compensatoires. Il note en outre que les constatations en cause ont été examinées ultérieurement par le Groupe spécial *UE – Biodiesel (Indonésie)*. Cela dit, à son avis, les constatations des enquêtes en matière de défense commerciale sur lesquelles s'appuient les parties, lues dans leur contexte approprié, confirment qu'en dépit de certaines différences dans les caractéristiques des produits, il y a un degré important de chevauchement entre l'EMP, l'EMC et l'EMS.[657] Dans ces enquêtes, l'Union européenne a constaté, entre autres choses, que "l'EMC [était] en concurrence avec les biodiesels produits dans l'Union qui n'[étaient] pas uniquement de l'EMC mais également des biodiesels produits à partir d'autres matières premières".[658]

7.444. Les parties mentionnent aussi les constatations du Groupe spécial *UE – Biodiesel (Indonésie)* concernant les déterminations susmentionnées de la Commission européenne dans des enquêtes en matière de droits antidumping et de droits compensateurs. La Malaisie invoque ce rapport de groupe spécial pour étayer l'affirmation selon laquelle l'EMP est en concurrence avec l'EMS en provenance d'Argentine, l'EMC et d'autres biodiesels produits par la branche de production de l'UE, mais l'Union européenne fait valoir que cette invocation est malvenue. L'Union européenne estime que la déclaration pertinente indiquant que les trois biocarburants sont en concurrence est prise hors contexte. Elle fait valoir que cette déclaration est aussi nuancée par une constatation établissant qu'il n'a pas été constaté que l'EMP était similaire à un mélange de biodiesel ayant une TLF de 0 degré et notant les différences dans la valeur du cétane ou l'indice d'iode.[659]

7.445. Il est vrai, comme l'Union européenne le signale, que dans le passage pertinent de l'affaire *UE – Biodiesel (Indonésie)*, le Groupe spécial reprend simplement une constatation de l'autorité chargée de l'enquête.[660] Ce Groupe spécial examine ensuite des aspects du rapport de concurrence que l'autorité chargée de l'enquête n'a pas abordés, tels que l'étendue de la concurrence entre l'EMP et un mélange à TLF 0.[661] Il est important de noter que ces constatations concernent l'existence

[654] USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce EU-131), page 27.

[655] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 538, faisant référence à Règlement (CE) n° 193/2009 de la Commission (pièce EU-134).

[656] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 642 (faisant référence à Commission Implementing Regulation (EU) 2019/244 of 11 February 2019 imposing a definitive countervailing duty on imports of biodiesel originating in Argentina, OJ 2019 L 40, p. 1 (pièce EU-135). Toutefois, le Groupe spécial note que, de l'avis de l'Union européenne, les constatations de "similarité" entre l'EMP, l'EMC et l'EMS qui figurent dans les instruments de défense commerciale de l'UE ont été formulées dans un contexte réglementaire différent et avaient une portée limitée. Union européenne, première communication écrite, paragraphes 641 à 643.

[657] Règlement (CE) n° 193/2009 de la Commission (pièce EU-134), pages 26 et 27; et Règlement d'exécution (UE) n° 1194/2013 du Conseil (pièce MYS-140), pages 3 et 4.

[658] Règlement d'exécution (UE) n° 1194/2013 du Conseil (pièce MYS-140), page 3.

[659] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 641 à 643, faisant référence à Malaisie, première communication écrite, paragraphes 543 et 544.

[660] Rapport du Groupe spécial *UE – Biodiesel (Indonésie)*, paragraphe 7.154.

[661] Le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

> Le fait que les produits importés et les produits de l'UE étaient considérés comme des produits similaires ne signifie pas automatiquement que chacun des produits inclus dans le panier des produits importés est semblable à tous égards à chacun des produits inclus dans le panier des

d'une sous–cotation des prix au titre de l'article 3.2 de l'Accord antidumping et non la détermination du point de savoir si des produits sont similaires.[662] Bien que l'on ne puisse pas exclure que ces considérations puissent être pertinentes pour une analyse de la similarité, elles semblent avoir une utilité limitée dans le présent différend. Premièrement, le passage cité concerne d'autres produits que ceux qui font l'objet de l'analyse de la similarité en l'espèce. Deuxièmement, le Groupe spécial a déjà traité le rôle des propriétés d'écoulement à froid, et en particulier de la TLF, dans le rapport de concurrence entre l'EMP, l'EMC et l'EMS, et les constatations formulées dans l'affaire *UE – Biodiesel (Indonésie)* n'affaiblissent pas ses conclusions.

7.446. En résumé, le Groupe spécial est d'avis qu'en dépit de certaines différences dans les caractéristiques physiques, l'EMP, l'EMC et l'EMS ont tous la même utilisation finale principale qui est celle d'un biocarburant mélangé à du diesel. Il note que les produits ne sont pas tous utilisés au même degré dans des conditions plus froides. Toutefois, cela ne remet pas en question le fait qu'ils constituent des substituts presque parfaits dans les climats plus chauds et que, dans l'ensemble, il y a un chevauchement important dans l'utilisation de l'EMP de l'EMC et de l'EMS en tant que biocarburants.

### *Perceptions des consommateurs*

7.447. Ayant examiné les propriétés physiques des biocarburants, et leurs utilisations finales, le Groupe spécial passe maintenant aux principales questions à l'examen en ce qui concerne le troisième critère, à savoir la perception des produits par les consommateurs en tant que solutions de rechange.

7.448. Le Groupe spécial note en outre que les déterminations faites par l'autorité de l'UE chargée de l'enquête dans les procédures nationales susmentionnées indiquent que les consommateurs finals ne connaissent pas la composition du mélange de biocarburants, ou ne sont pas intéressés par cette composition, si le produit satisfait à la TLF requise.[663] C'est également l'avis de la Malaisie.[664] La Malaisie estime en outre que les choix des consommateurs directs de biocarburants, c'est–à–dire les opérateurs économiques qui les mélangent ensemble et/ou avec du diesel, sont dictés par la valeur de la TLF et le prix.[665] L'Union européenne reconnaît qu'en l'absence de prescription en matière d'étiquetage des matières premières, les consommateurs finals ne connaissent pas la teneur des biocarburants mélangés à du diesel.[666]

7.449. Le Groupe spécial considère que les éléments de preuve relatifs aux perceptions des consommateurs de la TLF corroborent ses constatations sur le degré important de chevauchement en ce qui concerne l'utilisation d'EMP, d'EMC et d'EMS comme biocarburants. Les opérateurs économiques qui interviennent dans le mélange de biocarburants mélangent l'EMP, l'EMC et l'EMS en vue d'obtenir un mélange qui respecte les spécifications de la TLF exigées par le client.[667] Conformément aux constatations du Groupe spécial formulées plus haut, si la spécification exige une TLF particulièrement basse, la quantité d'EMP sera certes inférieure par rapport au carburant destiné à des climats plus chauds. Toutefois, dans le cadre de la spécification, l'EMP est en concurrence avec l'EMC et l'EMS.

7.450. L'Union européenne fait observer que les goûts et habitudes des consommateurs doivent néanmoins être pris en considération en raison des préoccupations généralisées du public concernant la déforestation associée à la production d'huile de palme et de l'incidence de ces préoccupations

produits de l'UE. Le fait que les produits importés et les produits de l'UE étaient considérés comme des produits similaires ne se rapporte pas non plus à la dynamique de concurrence particulière selon laquelle l'EMP peut seulement être utilisé dans un mélange et est en réalité une composante des différents mélanges vendus aux utilisateurs finaux sur le marché de l'UE. L'EMP pourrait être en concurrence avec l'EMC dans la mesure où tous deux sont utilisés pour produire un mélange. Toutefois, cela ne signifie pas que l'EMP et le biodiesel mélangé ayant une TLF de 0 degré se font concurrence.
(Rapport du Groupe spécial *UE – Biodiesel (Indonésie)*, paragraphe 7.156)

[662] Rapport du Groupe spécial *UE – Biodiesel (Indonésie)*, paragraphes 7.149 à 7.154.
[663] Règlement d'exécution (UE) n° 1194/2013 du Conseil (pièce MYS-140), page 15.
[664] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 72.
[665] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 542.
[666] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 666.
[667] Règlement d'exécution (UE) n° 1194/2013 du Conseil (pièce MYS-140), page 15.

sur les décisions des fournisseurs de carburants.[668] Elle affirme qu'une préoccupation plus générale à l'égard des produits contenant de l'huile de palme ou fabriqués à partir d'huile de palme s'est manifestée dans l'industrie alimentaire et qu'elle est également pertinente pour le secteur des carburants.[669] Elle fait valoir qu'il existe une demande latente de carburants sans huile de palme dont le Groupe spécial devrait tenir compte pour déterminer si l'EMP est similaire à l'EMC et à l'EMS.[670] Selon l'UE, la préférence des consommateurs pour un carburant sans huile de palme se reflète dans les décisions de certains fournisseurs de carburants de l'UE d'éviter ou de réduire la production de biocarburants dérivés de l'huile de palme.[671] À son avis, cela montre que s'il y avait une prescription en matière d'étiquetage pour la composition des biocarburants, les goûts et préférences latents des consommateurs de l'UE deviendraient manifestes et indiqueraient que le biocarburant dérivé de l'huile de palme n'est pas similaire à d'autres biocarburants.[672]

7.451. Le Groupe spécial juge peu convaincants les éléments de preuve produits par l'Union européenne et concernant les décisions de certains producteurs de biocarburants et de carburants qui réduisent l'utilisation de biocarburant dérivé du palmier à huile dans leurs mélanges de carburants.[673] En particulier, outre la mention en termes généraux de considérations de durabilité, les éléments de preuve n'éclaircissent pas les raisons spécifiques qui ont motivé ces décisions et n'indiquent pas qu'elles ont été dictées en fait par les préférences des consommateurs.[674]

7.452. De plus, il apparaît que les déclarations des producteurs de biocarburants et de carburants présentées par l'Union européenne sont postérieures à l'adoption de certaines mesures réglementaires de l'UE et des États membres, y compris celles qui sont contestées en l'espèce. On ne sait donc pas très bien si ces déclarations reflètent les préférences des consommateurs ou des décisions commerciales dictées par une modification de l'environnement réglementaire. Par exemple, les informations de Repsol sur le remplacement de l'huile de palme utilisée dans sa raffinerie de Bilbao par des huiles de cuisson usagées (HCU) devraient être considérées dans le contexte du "projet de loi espagnol sur les changements climatiques" qui était débattu à l'époque au Parlement.[675] Dans le même ordre d'idées, avant d'annoncer une baisse dans l'utilisation de l'huile de palme comme matière première pour biocarburants, Total avait contesté sans succès l'exclusion de l'EMP du champ des sources d'énergies renouvelables aux fins de la TIRIB.[676]

7.453. De l'avis du Groupe spécial, l'Union européenne n'a donc pas étayé son affirmation selon laquelle les préférences des consommateurs à l'encontre des biocarburants dérivés de l'huile de palme étaient d'une nature et d'une ampleur telles qu'elles pourraient réfuter les constatations d'un degré élevé de concurrence établies jusqu'à présent sur la base de l'analyse des propriétés physiques et des utilisations finales des produits.

#### *Classification tarifaire*

7.454. S'agissant de la classification tarifaire, la Malaisie souligne que l'EMP, l'EMC et l'EMS relèvent tous de la même position à six chiffres.[677] Elle ajoute que la nomenclature combinée de l'UE ne fait

[668] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 665 et 666.
[669] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 667 à 669.
[670] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 669 (citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 174).
[671] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 667.
[672] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 670.
[673] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 666 à 668.
[674] xcerpt from the website of Preem, a Swedish fuel company (pièce EU-144), page 1; Midttun, Knut Myrum Næss, and Proadpran Boonprasurd Piccini "Biofuel Policy and Industrial Transition—A Nordic Perspective" in Energies 2019, 12(14), 2740 (pièce EU-145), pages 5 et 6; Eni press release of 15 April 2021: "Eni: New Systems Installed at the Venice Biorefinery to Eliminate Palm Oil Entirely" (pièce EU-146), page 1; Press article from Argusmedia of 11 September 2020: "Spain's climate bill threatens biofuel projects: Repsol" (pièce EU-147), page 2; Total's webpage (consultée le 22 avril 2021): "GRANDPUITS: A ZERO-CRUDE PLATFORM BY 2024" (pièce EU-148), page 2; Total's webpage (consultée le 22 avril 2021): "LA MÈDE: A MULTIPURPOSE FACILITY FOR THE ENERGIES OF TOMORROW" (pièce EU-149), page 2; et article du journal Le Monde du 1er avril 2021 "Total condamné à revoir son étude d'impact sur l'utilisation de l'huile de palme dans une raffinerie" (pièce EU-150).
[675] Press article from Argusmedia of 11 September 2020: "Spain's climate bill threatens biofuel projects: Repsol" (pièce EU-147), pages 2 et 3.
[676] Article de presse, 11 octobre 2019 (pièce MYS-245); et THEN24, "TotalEnergies will no longer use palm oil from 2023" (pièce EU-324).
[677] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 546.

pas de distinction entre les biocarburants sur la base des matières premières.[678] De l'avis de l'Union européenne, le fait que l'EMP, l'EMC et l'EMS relèvent de la même position n'est pas déterminant compte tenu des éléments de preuve concernant les différences entre les produits.[679] Selon elle, le manque de détails de sa classification tarifaire affaiblit l'allégation de similarité de la Malaisie.[680]

7.455. Le Groupe spécial note que, dans les cas où la classification tarifaire est suffisamment détaillée, le fait que deux produits relèvent de la même sous–position tarifaire peut être une indication de la similitude des produits.[681] Il n'est pas contesté entre les parties que l'EMP, l'EMC et l'EMS relèvent de la même position à six chiffres, la position 3826.00 "Biodiesel et ses mélanges, ne contenant pas d'huiles de pétrole ni de minéraux bitumineux ou en contenant moins de 70% en poids".[682] Comme cela est expliqué dans la note de bas de page relative à la position, le terme biodiesel couvre "les esters mono–alkylés d'acides gras du type de ceux utilisés comme carburants ou combustibles, dérivés de graisses et d'huiles animales ou végétales même usagées".[683] Il s'ensuit qu'un certain nombre de biocarburants EMAG d'origine organique, y compris ceux qui sont produits à partir de graisses animales, d'huiles de cuisson usagées et d'autres déchets, ainsi que les mélanges de différents biocarburants et de diesel minéral, entrent dans le champ de cette position.[684] La classification douanière de l'EMP, de l'EMC et de l'EMS sous la même position à six chiffres est donc compatible avec l'indication qu'ils appartiennent tous à la catégorie des carburants biodiesel et corrobore la constatation selon laquelle ils partagent certaines caractéristiques des produits et ont la même application. Toutefois, cela n'est pas déterminant pour la question de savoir si les trois produits sont similaires.

#### *Conclusion concernant la similarité de l'EMC, l'EMS et l'EMP*

7.456. Comme il est indiqué plus haut, l'article 2.1 exige du groupe spécial qu'il identifie les produits nationaux qui se trouvent dans un rapport de concurrence suffisamment étroit avec les produits importés du Membre plaignant pour être considérés comme des produits similaires au sens de cette disposition.[685] Selon l'évaluation du Groupe spécial, les parties au différend ont présenté des éléments de preuve qui indique l'existence de ce rapport de concurrence étroit. Le Groupe spécial constate donc que la Malaisie a démontré que l'EMC et l'EMS produits dans l'Union européenne et/ou importés d'autres pays étaient similaires à l'EMP importé de Malaisie.

#### *Argument additionnel de la Malaisie concernant l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja*

7.457. Outre l'EMP, la Malaisie considère que l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja est aussi un produit similaire.[686] Bien que ses communications aient pu être plus détaillées à cet égard, elle inclut bien dans sa première communication écrite des arguments concernant la similarité de l'HVH fabriquée à partir de différentes matières premières.[687] Elle présente aussi des arguments selon lesquels l'HVH et les EMAG sont des produits similaires.[688] En même temps, elle précise que "la détermination de la similarité entre les EMAG et l'HVH n'est pas une analyse de la similarité primordiale ni même nécessaire dans ce cas (qui, selon la Malaisie, concerne la comparaison des matières premières pour biocarburants)".[689] En gros, le Groupe spécial comprend, d'après les communications de la Malaisie, que son allégation de discrimination implique le traitement à la fois de l'EMP, par opposition à l'EMC et à l'EMS, et de l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme, par opposition à l'HVH fabriquée à partir d'huile de colza et d'huile de soja. Sur la

[678] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 546.
[679] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 672.
[680] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 74 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *Japon-Boissons alcooliques II*, page 24).
[681] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 24.
[682] HS Nomenclature, 2017, Chapter 38 (pièce MYS-42), page 8.
[683] HS Nomenclature, 2017, Chapter 38 (pièce MYS-42), page 2.
[684] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 73.
[685] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.
[686] Malaisie, réponse à la question n° 75 du Groupe spécial, pages 47 et 48.
[687] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 539, 541, 545 et 546.
[688] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 62 à 67; réponses aux questions du Groupe spécial n° 82, paragraphe 52, et n° 84, paragraphe 54.
[689] Malaisie, réponse à la question n° 82 du Groupe spécial, paragraphe 52. Voir aussi Malaisie, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 81 du Groupe spécial, paragraphe 163.

base de cette interprétation, il va maintenant évaluer la similarité au sein de ce dernier groupe de produits.

7.458. La Malaisie estime que l'HVH présente les mêmes propriétés physiques et chimiques, et a les mêmes propriétés d'emploi, indépendamment de la matière première utilisée pour la produire.[690] En conséquence, selon elle, l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme n'est "pas seulement "similaire" aux autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses mais est, en fait, identique à tout autre biocarburant dérivé de cultures oléagineuses du type HVH".[691] En particulier, contrairement aux EMAG, l'HVH peut être utilisée par tous les consommateurs, en toute saison, dans tous les États membres de l'UE, indépendamment de la matière première utilisée.[692] Enfin, la Malaisie signale que la classification tarifaire de l'UE ne fait pas de distinction entre les HVH fabriquées à partir de matières premières différentes.[693]

7.459. Selon l'Union européenne, les affirmations de la Malaisie concernant la substituabilité des HVH fabriquées à partir de matières premières différentes ne sont pas étayées.[694] L'Union européenne soutient que les producteurs d'HVH peuvent préférer certaines huiles végétales comme matières premières en raison du prix, des caractéristiques physiques et des prescriptions réglementaires.[695] Pour étayer cette affirmation, elle s'appuie sur des données concernant l'utilisation de matières premières différentes pour la production de biocarburant, y compris l'HVH.[696]

7.460. Le Groupe spécial observe que l'HVH, ou huile végétale hydrotraitée, est un mélange d'hydrocarbures paraffiniques et a une composition chimique semblable à celle du carburant diesel minéral.[697] Les éléments de preuve dont il dispose confirment que l'on peut produire de l'HVH à partir de nombreux types d'huiles végétales, en obtenant la même composition chimique et sans affecter les caractéristiques du biocarburant.[698] Ses propriétés, en particulier concernant l'écoulement à froid, dépendent du processus de production plutôt que de la matière première.[699] L'HVH est utilisée comme carburant dans les moteurs diesel soit mélangée à du diesel minéral, soit en le remplaçant complètement.[700]

7.461. Bien que l'Union européenne soutienne que certains fournisseurs de carburants peuvent préférer l'HVH fabriquée à partir de matières premières spécifiques, le Groupe spécial note qu'elle ne fournit pas d'éléments de preuve suffisants pour étayer cette affirmation. En tout état de cause, cet argument semble contredit par des éléments de preuve montrant que les propriétés de l'HVH et son utilisation restent les mêmes, indépendamment de la matière première utilisée.[701] Il n'y a pas non plus dans le dossier de renseignements confirmant la différence de prix de l'HVH en fonction de la matière première utilisée. En résumé, le Groupe spécial constate que l'HVH dérivée d'huile de colza et l'HVH dérivée d'huile de soja sont similaires à l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme.

7.462. Comme la Malaisie appelle les EMAG et l'HVH fabriqués à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja, respectivement, biocarburant dérivé de l'huile de palme, biocarburant dérivé

[690] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 539.
[691] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 539.
[692] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 160, 541 et 545; réponse à la question n° 85 du Groupe spécial, paragraphe 55.
[693] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 546. La Malaisie note toutefois que l'on ne voit pas clairement si l'HVH est classée dans les nomenclatures douanières comme biodiesel ou comme huile obtenue à partir de matières bitumineuses. (Malaisie, réponse à la question n° 84 du Groupe spécial, paragraphe 54)
[694] Union européenne, observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphe 188.
[695] Union européenne, observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphe 188.
[696] Union européenne, observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphe 188.
[697] SAE International, "HVO as a Renewable Diesel Fuel" (pièce MYS-126), page 2; et ETIP Bioenergy, "Hydrogenated vegetable oil (HVO)" (pièce MYS-131), page 1.
[698] L.P. Lindfors, "High Quality Transportation Fuels from Renewable Feedstock", Neste Oil Corporation Espoo, Finland, XXIst World Energy Congress Montreal, Canada September 12-16, 2010 (pièce MYS-127), page 4; et ETIP Bioenergy, "Hydrogenated vegetable oil (HVO)" (pièce MYS-131), page 2.
[699] SAE International, "HVO as a Renewable Diesel Fuel" (pièce MYS-126), page 2.
[700] Greenea, "Is HVO the Holy Grail of the world biodiesel market?" (pièce MYS-14), page 1; ETIP Bioenergy, "Hydrogenated vegetable oil (HVO)" (pièce MYS-131), page 1.
[701] SAE International, "HVO as a Renewable Diesel Fuel" (pièce MYS-126), page 2.

de l'huile de colza, et biocarburant dérivé de l'huile de soja, le Groupe spécial fera de même dans les sections restantes du présent rapport.

#### 7.1.2.4.4 Incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme

7.463. Ayant déterminé les groupes des produits similaires en cause, le Groupe spécial passe à la question de savoir si les produits importés de Malaisie sont soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires originaires de l'UE ou d'origine étrangère. Eu égard à la nature de l'obligation figurant à l'article 2.1, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté que le champ de cette obligation chevauchait celui de l'obligation de non–discrimination figurant à l'article III:4 et ont noté la formulation semblable des deux dispositions.[702] De ce fait, il a été constaté que l'article III:4 fournissait un contexte pertinent pour l'interprétation de l'article 2.1.[703]

7.464. Compte tenu de ces considérations, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté que l'établissement d'un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 impliquait une évaluation de la question de savoir si le règlement technique "modifi[ait] les conditions de concurrence au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux" et/ou par rapport au groupe des produits importés originaires d'autres pays.[704] Comme il est indiqué plus haut, l'existence d'une incidence préjudiciable sur les produits importés n'est pas déterminante pour l'existence d'un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1. Un groupe spécial doit analyser en outre si l'incidence préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.[705]

7.465. Par conséquent, le Groupe spécial déterminera d'abord si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a une incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé par rapport au groupe des produits similaires originaires de l'UE et/ou d'origine étrangère. S'il constate l'existence d'une telle incidence préjudiciable, il évaluera alors si celle–ci découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

7.466. L'évaluation par un groupe spécial de la question de savoir si la mesure a une incidence préjudiciable sur les produits importés nécessite un examen de l'incidence de la mesure sur l'égalité des possibilités de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux similaires ou les produits similaires originaires d'autres pays.[706] À cet égard, il n'est pas nécessaire que le groupe spécial s'appuie sur des éléments de preuve relatifs aux effets réels des mesures sur le commerce, sur le marché pertinent.[707] De fait, un groupe spécial peut fonder son évaluation sur des éléments de preuve relatifs à la conception, à la structure et au fonctionnement attendu de la mesure.[708]

7.467. La Malaisie estime que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS limite et élimine à terme la comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables du biocarburant produit à partir d'huile de palme, mais pas la comptabilisation des biocarburants produits à partir d'huile de colza et d'huile de soja.[709] Elle fait valoir qu'en conséquence, la demande de biocarburant dérivé de l'huile de palme dans l'Union européenne sera faible, voire inexistante.[710] Elle affirme à cet égard que le marché des biocarburants

---

[702] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 100; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.122.

[703] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.122.

[704] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 180; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 268.

[705] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; *États-Unis – EPO*, paragraphe 271; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.311.

[706] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.29

[707] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 325; et *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.29.

[708] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.15.

[709] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 566 à 570; deuxième communication écrite, paragraphes 83 à 90 et 241.

[710] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 563 à 565.

n'existerait pas dans l'Union européenne sans les objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables.[711]

7.468. L'Union européenne estime que, pour démontrer qu'une mesure modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés, le plaignant doit fournir des éléments de preuve concernant le marché pertinent, montrer que la possibilité de contribuer aux objectifs en matière d'énergies renouvelables équivaut à une condition d'accès aux marchés, et non procédé à la comparaison sur la base d'une approche viciée fondée sur le champ des produits visés.[712] Plus spécifiquement, elle soutient que la limitation du marché pertinent au marché des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses est trop étroite et n'est pas étayée par des éléments de preuve.[713] Elle estime que le Groupe spécial est tenu d'examiner les possibilités de concurrence offertes à tous les produits similaires en provenance du Membre plaignant et celles-ci doivent être comparées à celles qui sont offertes à tous les produits nationaux similaires (ou à tous les autres produits étrangers similaires).[714]

7.469. L'Union européenne conteste en outre que les mesures en cause interdisent l'accès au marché de l'UE pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme, ou imposent des conditions à cet accès.[715] Elle estime à cet égard que la Malaisie n'a pas démontré les effets allégués de la mesure sur les conditions de concurrence.[716] Selon elle, les objectifs en matière d'énergies renouvelables visent à accroître la pénétration des énergies renouvelables par rapport aux combustibles fossiles mais ne garantissent pas une part de marché spécifique à un biocarburant spécifique quel qu'il soit. Ce sont les États membres de l'UE qui peuvent fournir un soutien financier, mais ils ne sont pas tenus de le faire, pour certains types de biocarburants.[717] L'Union européenne conteste donc qu'une quelconque incidence préjudiciable puisse être imputée à sa mesure.

7.470. L'Union européenne estime que l'argumentation de la Malaisie repose à tort sur l'idée que, parce qu'il se trouve qu'elle produit uniquement du biocarburant à base d'huile de palme parmi le groupe de produits similaires, elle peut montrer qu'il y a un traitement moins favorable car la mesure affecte les biocarburants produits à partir d'huile de palme. Elle affirme que ce n'est pas l'exercice comparatif correct.[718] Elle renvoie donc à ses arguments concernant le champ des produits similaires, faisant valoir que la Malaisie a isolé le traitement de certains biocarburants spécifiques, ce qui fausse l'approche analytique.[719] À son avis, il n'y a aucune différenciation dans le traitement du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et produit dans l'UE.[720]

7.471. Il apparaît que les arguments des parties soulèvent un certain nombre de questions distinctes, quoique liées, que le Groupe spécial examinera l'une après l'autre. La première question concerne la modification des conditions de concurrence sur le marché des biocarburants de l'UE. La deuxième concerne le point de savoir si la mesure affecte de la même manière les produits importés de Malaisie et les produits originaires de l'UE ou d'origine étrangère. La troisième question concerne l'imputabilité de toute incidence préjudiciable à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

#### 7.1.2.4.4.1 Modification des conditions de concurrence sur le marché des biocarburants

7.472. Le Groupe spécial examine maintenant la question de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits importés de Malaisie. Il n'est pas contesté entre les parties que cette mesure n'interdit pas formellement l'importation ou la distribution de biocarburant dérivé de l'huile de palme sur le marché de l'UE. Toutefois, l'article 2.1 vise non seulement les mesures qui imposent des conditions à l'accès au marché d'un Membre, mais aussi celles qui

[711] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 563.
[712] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 691 et 692.
[713] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 703 à 708; et deuxième communication écrite, paragraphe 86.
[714] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 719.
[715] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 717 à 732.
[716] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 724 à 732.
[717] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 731 et 732; et deuxième communication écrite, paragraphe 82.
[718] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 724.
[719] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 86.
[720] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 723.

entraînent une incidence préjudiciable en créant des incitations à choisir certains produits (nationaux ou importés d'autres pays) plutôt que d'autres (importés du Membre plaignant).[721] S'il en était autrement, l'obligation d'accorder un traitement non moins favorable pourrait facilement être contournée par l'adoption de mesures qui n'imposent pas formellement de conditions à l'accès au marché, mais qui établissent autrement une discrimination *de jure* ou *de facto* à l'égard de produits importés en causant une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence de ces produits importés qui ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.[722] Cette évaluation devrait être axée sur la conception et le fonctionnement de la mesure en cause en tenant compte du contexte réglementaire pertinent.

7.473. Dans la section 2 du présent rapport, le Groupe spécial a exposé le contexte réglementaire pertinent à la fois pour la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il renvoie à cet exposé pour éviter une répétition inutile. Il rappelle simplement ici que l'article 25.1 de la Directive RED II donne pour objectif aux États membres de l'UE de faire en sorte qu'au moins 14% de la consommation finale d'énergie dans le secteur des transports proviennent de sources d'énergies renouvelables au plus tard en 2030. L'article 7.4 de la Directive RED II indique que "les biocarburants, combustibles issus de la biomasse et carburants liquides et gazeux renouvelables destinés au secteur des transports, d'origine non biologique" sont les sources d'énergies renouvelables qui peuvent être prises en compte pour les objectifs.[723] Il s'ensuit que les États membres de l'UE doivent consommer suffisamment de "biocarburants, de combustibles issus de la biomasse et de carburants liquides et gazeux renouvelables destinés au secteur des transports" pour réaliser l'objectif fixé à l'article 25.1 de la Directive RED II. Les données montrent que les biocarburants, en particulier ceux qui sont produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, représentent la grande majorité de cette consommation.[724]

7.474. Les biocarburants, combustibles issus de la biomasse et autres carburants liquides et gazeux peuvent être utilisés dans les moteurs à combustion interne. L'essence et le diesel sont de loin les carburants les plus populaires qui sont utilisés dans ces moteurs. Les éléments de preuve présentés par les parties montrent qu'à l'heure actuelle, les biocarburants ne sont pas compétitifs sur le plan des coûts par rapport aux combustibles fossiles et qu'il est peu probable que cela change dans un avenir prévisible.[725] Il est donc admis qu'à l'échelle mondiale, les prescriptions légales relatives aux mélanges et les autres formes de soutien sont le principal moteur pour promouvoir la consommation de biocarburants.[726] Les États membres de l'UE doivent donc promouvoir la consommation de biocarburants, et c'est ce qu'ils font, que ce soit en imposant une utilisation minimale ou par des programmes de soutien visant à faire en sorte qu'ils réalisent leurs contributions nationales à l'objectif de 14%. C'est sur la base de ces considérations que la Malaisie fait valoir que les objectifs de consommation d'énergies renouvelables créent un marché et une demande de biocarburants dans l'Union européenne qui n'existeraient pas autrement.[727]

---

[721] oir, par exemple, les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.372 ("la mesure EPO crée une incitation à utiliser le bétail national – et une désincitation à traiter le bétail importé – en imposant des coûts de séparation plus élevés pour le bétail importé que pour le bétail national"); et les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 270 ("[s]'il se peut qu'une mesure n'exige pas un certain traitement des importations, elle peut néanmoins créer pour les participants au marché des incitations à se comporter d'une certaine manière, et par là même à traiter les produits importés moins favorablement"). Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *Inde – Cellules solaires*, paragraphe 7.95; et *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 8.117.

[722] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 215.

[723] Article 7.4 a) de la Directive RED II.

[724] En 2019, les biocarburants ont constitué environ 90% de l'énergie renouvelable consommée dans le secteur des transports dans l'Union européenne et le biocarburant produit à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale a représenté 60% de la consommation totale d'énergie renouvelable dans ce secteur. (Eurostat, Consumption of renewable energy in the transport sector in the EU-27 in 2011-2019 (pièce IDN-13), page 1)

[725] Un document de recherche de l'Institut Kiel conclut ce qui suit:

> Nos constatations conduisent à plusieurs conclusions.
> Premièrement, nous constatons qu'étant donné les prix actuels des combustibles fossiles, les biocarburants ne sont pas compétitifs sur le plan des coûts par rapport aux carburants à base d'huile combustible … Sans politiques telles que la Directive RED II, la consommation de biocarburants dans l'UE serait ramenée à un niveau négligeable.

(Delzeit *et al*., document de travail de Kiel n° 2203 (pièce IDN-2), page 17)

[726] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 36.

[727] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 563.

7.475. Bien que l'Union européenne conteste l'existence de cette dépendance entre les objectifs de consommation d'énergies renouvelables et la demande de biocarburants[728], elle reconnaît ce qui suit:

> [L]e régime de l'UE applicable aux biocarburants a pour effet d'encourager une réorientation vers les formes d'énergie renouvelable qui pourraient le mieux réaliser les objectifs de politique de l'Union … Les États membres sont incités à moins s'appuyer sur les biocarburants qui dépendent des produits agricoles comme intrant pour atteindre leurs objectifs.[729]

7.476. De fait, les éléments de preuve présentés par les parties confirment que la demande de biocarburants dans l'Union européenne est "presque exclusivement"[730] régie par les politiques de l'Union européenne et de ses États membres en matière d'énergies renouvelables et qu'en l'absence d'obligations de mélange s'appliquant au biocarburant produit à partir d'une matière première particulière, la demande de biocarburant produit à partir de cette matière première serait faible ou inexistante. De même, les éléments de preuve versés au dossier n'étayent pas l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle les préoccupations environnementales stimuleraient la demande de biocarburants indépendamment de tout soutien des pouvoirs publics.[731]

7.477. Logiquement, il s'ensuit que si les États membres de l'UE ne peuvent pas utiliser de biocarburant produit à partir d'une matière première particulière pour réaliser leurs contributions nationales à l'objectif en matière d'énergies renouvelables à l'échelle de l'UE, il n'y aura aucune raison de promouvoir son utilisation comme carburant. En conséquence, et compte tenu de la différence de prix entre les combustibles fossiles et les biocarburants, la demande de biocarburants qui sont exclus de la comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables sera faible, voire inexistante.

7.478. Le Groupe spécial rappelle qu'actuellement, le seul biocarburant considéré comme présentant un risque élevé de CIAS est celui qui est produit à partir d'huile de palme.[732] Conformément à l'article 26.2 de la Directive RED II, la possibilité pour lui d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs est plafonnée aux niveaux de 2019 et ces niveaux seront réduits progressivement à zéro d'ici à 2030 au plus tard. Cette règle est obligatoire en ce sens qu'elle doit être observée par les États membres et les fournisseurs de carburant de l'UE aux fins du calcul de la consommation d'énergies renouvelables dans le secteur des transports à l'échelle de l'UE et au niveau national. En résumé, par conséquent, le fait de limiter et d'exclure progressivement la possibilité de comptabilisation aux fins des objectifs en raison de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS entraînera une baisse de la demande, voire une absence totale de demande, de biocarburant dérivé de l'huile de palme sur le marché de l'UE.

7.479. Certains arguments de l'Union européenne, en particulier ceux qui sont présentés dans le contexte de la contribution de la mesure aux objectifs poursuivis, corroborent l'existence d'un lien entre la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la limitation ou l'élimination de la demande de biocarburants dérivés de l'huile de palme sur le marché de l'UE. L'Union européenne estime, entre autres choses, que "l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS fait en sorte que le régime de l'UE applicable aux biocarburants induise progressivement une demande de plus en plus faible de biocarburants dérivés de cultures présentant un risque élevé de CIAS".[733] Une baisse de la demande de biocarburants produits à partir de matières premières à risque élevé de CIAS (uniquement le biocarburant dérivé de l'huile de palme pour l'instant) est donc une conséquence voulue de la conception et du fonctionnement de la mesure. De l'avis du Groupe

[728] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 716.

[729] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 722; deuxième communication écrite, paragraphe 80.

[730] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 36; et USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce EU-131), page 24.

[731] L'Union européenne présente des éléments de preuve concernant les préoccupations morales liées aux changements climatiques, mais ces éléments de preuve ne montrent pas que les consommateurs achèteraient un carburant plus cher si des biocarburants y étaient ajoutés.

[732] C'est ce qui résulte de l'application des prescriptions et de la formule figurant à l'article 3 du Règlement délégué.

[733] Union européenne, réponse à la question n° 102 du Groupe spécial, paragraphes 545 et 546. L'Union européenne reconnaît également que le plafond pour risque élevé de CIAS "plafonne la demande de … biocarburants induite par le régime des biocarburants de l'UE".

spécial, il y a donc une véritable relation entre la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et l'incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence du biocarburant dérivé de l'huile de palme sur le marché des biocarburants de l'UE.[734]

7.480. À cet égard, le Groupe spécial trouve éclairants les éléments de preuve concernant la baisse de la consommation dans le secteur des transports de l'Union européenne de biocarburants qui ne respectent pas les critères de durabilité et de réduction des émissions de GES au titre de la Directive RED I (biocarburants qui ne respectent pas les règles). Comme le souligne la Malaisie, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a une conception semblable en ce sens que, par analogie avec les biocarburants qui ne respectent pas les règles au titre de la Directive RED I, elle a une incidence défavorable sur la possibilité que le biocarburant présentant un risque élevé de CIAS soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de consommation d'énergies renouvelables.[735] Le fonctionnement attendu de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS en ce qui concerne le biocarburant dérivé de l'huile de palme, y compris les effets sur l'utilisation du biocarburant dans le secteur des transports, sera donc analogue aux critères de durabilité et de réduction des émissions de GES. Cette consommation est tombée à des niveaux négligeables, atteignant 0,8% de la consommation de biocarburants qui respectent les règles en 2019.[736] L'Union européenne fait valoir que le non–respect des critères de durabilité et de réduction des émissions de GES fait non seulement perdre la possibilité de comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables mais a aussi une incidence sur la possibilité d'utiliser le carburant sur le marché de l'UE conformément à la Directive sur la qualité des carburants.[737] Toutefois, elle n'indique aucune disposition spécifique de cette directive qui étayerait cette affirmation.[738]

7.481. Pour démontrer l'incidence préjudiciable de la mesure, l'Indonésie, en tant que tierce partie, donne un aperçu de la législation adoptée ou proposée dans certains États membres de l'UE. Ces actes et propositions législatifs visent à limiter la possibilité de comptabiliser les biocarburants produits à partir de matières premières à risque élevé de CIAS aux fins des contributions nationales aux objectifs en matière d'énergies renouvelables, et envisagent de mettre fin aux programmes de soutien pour ces biocarburants ou d'introduire des limitations à leur mise sur le marché.[739] Le Groupe spécial estime que les politiques des États membres de l'UE mettant en œuvre l'article 26.2 de la Directive RED II constituent une illustration additionnelle du fonctionnement de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sur le marché des biocarburants de l'UE.

7.482. De plus, l'article 26.2 de la Directive RED II contient une dérogation à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS pour les biocarburants certifiés comme présentant un faible risque de CIAS. Les récoltes spécifiques ne peuvent être comptabilisées aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, de la même manière que d'autres biocarburants dérivés de cultures, que si elles remplissent certaines conditions énoncées aux articles 4 et 5 du Règlement délégué (critères concernant la certification relative au faible risque de CIAS) et font l'objet d'une procédure de certification.[740] La certification relative au faible risque de CIAS s'applique ainsi à des récoltes spécifiques et non à une culture dans son ensemble. En ce sens, la certification relative au faible risque de CIAS ne modifie pas la qualification générale d'une matière première pour biocarburants comme présentant un risque élevé de CIAS. Conformément aux critères de certification relatifs au faible risque de CIAS, les récoltes doivent remplir certaines conditions spécifiques pour être aptes à bénéficier d'une certification. Premièrement, seules les récoltes allant au–delà de ce qu'il est convenu d'appeler le rendement dynamique de référence sont admissibles au bénéfice de la certification.[741] Deuxièmement, ces récoltes doivent être obtenues à l'aide de mesures qui satisfont au critère de l'attractivité financière ou des obstacles; qui sont

[734] Rapports de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 134; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, note de bas de page 372; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.105.
[735] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 564.
[736] Eurostat, Energy from renewable sources – SHARES (pièce MYS-43).
[737] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 715.
[738] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 715.
[739] Examples of EU member States' measures restricting oil palm crop-based biofuel (pièce IDN-1).
[740] Voir plus haut, la section 2.3.3.
[741] Articles 2.6 et 4 du Règlement délégué.

appliquées sur des terres abandonnées ou sévèrement dégradées; ou qui sont appliquées par de petits exploitants.[742]

7.483. En conséquence, seule une quantité limitée d'une culture à risque élevé de CIAS remplit les conditions requises pour bénéficier d'une certification relative au faible risque de CIAS et peut ainsi être comptabilisée aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables au–delà des limites imposées par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Cela signifie que toute atténuation de l'incidence préjudiciable de cette mesure est considérablement limitée. Dans le même temps, le Groupe spécial ne considère pas que le fait de limiter la certification relative au faible risque de CIAS à des récoltes supplémentaires crée une incidence préjudiciable en soi. À son avis, tout désavantage commercial lié à cette prescription découle directement et est un corollaire de la classification d'une culture comme présentant un risque élevé de CIAS.

7.484. Compte tenu des considérations qui précèdent, le Groupe spécial n'est pas convaincu par l'argument de l'Union européenne selon lequel la Malaisie présente une analyse erronée des conditions du marché pertinentes. Il est d'avis qu'en limitant et en excluant à terme la possibilité que le biocarburant dérivé de l'huile de palme soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS modifie les conditions de concurrence au détriment de ce biocarburant.

7.485. Le Groupe spécial prend note de l'argument additionnel de l'Union européenne à cet égard, selon lequel un Membre de l'OMC devrait être autorisé à établir une distinction entre des produits sur la base des différences perçues concernant les objectifs de la mesure.[743] Il est d'accord. Toutefois, il considère qu'il est plus approprié de traiter cet argument dans le contexte de l'analyse de la question de savoir si l'incidence préjudiciable de la mesure découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

#### 7.1.2.4.4.2 Nature *de facto* de l'incidence préjudiciable

7.486. S'agissant de l'argument de l'Union européenne selon lequel la mesure ne fait pas de distinction entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé de Malaisie et celui qui est originaire de l'UE ou d'ailleurs, le Groupe spécial convient que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne fait pas expressément de distinction entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja sur la base de leur origine. Toutefois, il note que la Malaisie formule une allégation de discrimination *de facto*.[744] Une mesure dont il apparaît telle qu'elle est libellée qu'elle est neutre quant à l'origine peut néanmoins établir une discrimination *de facto* à l'égard de produits importés, en contravention à l'article 2.1.[745] L'analyse par un groupe spécial de la question de savoir si la mesure a une incidence préjudiciable *de facto* sur le groupe des produits importés doit tenir compte de la totalité des faits et circonstances qui sont portés à sa connaissance, y compris les caractéristiques pertinentes du marché en cause.[746] Un groupe spécial doit déterminer sur cette base s'il existe une véritable relation entre la mesure en cause et toute incidence défavorable sur les possibilités de concurrence pour les produits importés par rapport aux produits nationaux similaires.[747] Il apparaît que l'Union européenne souscrit à cette approche dans la mesure où elle souligne l'importance d'évaluer tous les aspects de la concurrence entre les produits similaires sur le marché pertinent.[748]

7.487. Le Groupe spécial observe que l'Union européenne n'est pas seulement un importateur mais aussi un producteur de biocarburant dérivé de l'huile de palme (mais pas d'huile de palme en tant

[742] Article 5 du Règlement délégué.
[743] Union européenne, réponse à la question n° 90 du Groupe spécial, paragraphe 473 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.2514.
[744] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 572.
[745] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 225; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 269.
[746] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 286.
[747] Rapports de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 134; et *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, note de bas de page 372.
[748] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 703.

que telle).[749] En ce sens, il convient avec elle que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS affecte aussi une partie de la production de l'UE. Toutefois, comme il est indiqué plus haut, l'une des considérations factuelles importantes est que parmi tous les produits biocarburants qui sont en concurrence sur le marché et que l'Union européenne importe ou produit elle–même, le biocarburant dérivé de l'huile de palme est le seul que la Malaisie exporte vers ce marché. Cela signifie que la mesure, bien que neutre telle qu'elle est libellée, affecte de manière disproportionnée les produits importés de Malaisie.

7.488. C'est l'essence même de la discrimination *de facto*. Dans ces circonstances, le Groupe spécial doit comparer le traitement du seul produit importé du plaignant avec tous les produits nationaux et les produits d'autres origines dont il a été constaté qu'ils étaient similaires.[750] Bien que la Malaisie ait démontré que les biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja sont similaires, l'Union européenne semble uniquement comparer le traitement du biocarburant dérivé de l'huile de palme produit dans l'UE et de celui qui est importé.[751]

#### 7.1.2.4.4.3 Imputabilité de l'incidence préjudiciable à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS

7.489. Le Groupe spécial examine maintenant l'argument de l'Union européenne selon lequel aucune incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme ne devrait être imputée à la mesure de l'UE, car les États membres de l'UE ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer leur bouquet énergétique et leurs contributions nationales à l'objectif de l'UE en matière d'énergies renouvelables.[752]

7.490. Il est vrai que certaines des mesures des États membres de l'UE qui ont été présentées comme éléments de preuve vont plus loin que ce qui apparaît prescrit par la Directive RED II.[753] Toutefois, il ne fait aucun doute qu'elles visent à mettre en œuvre l'article 26.2 de la Directive, entre autres dispositions.[754] Cette directive et le Règlement délégué imposent des obligations contraignantes aux États membres de l'UE auxquelles ces derniers ne peuvent déroger et qui ont des effets réglementaires sur l'ensemble du territoire de l'UE.[755] Par conséquent, bien que les États membres de l'UE puissent disposer d'une marge discrétionnaire dans l'adoption de programmes de soutien pour les énergies renouvelables ou réglementer l'utilisation de certains carburants, ils ne peuvent pas comptabiliser le biocarburant dérivé de l'huile de palme aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables dans la même mesure que le biocarburant dérivé de l'huile de colza et celui qui est dérivé de l'huile de soja.[756]

7.491. En fait, les États membres de l'UE sont tenus d'"imposer l'obligation aux fournisseurs de carburants" de faire en sorte de réaliser l'objectif à l'horizon 2030 pour la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables, "calculée conformément à la méthode établie … à l'article 26" de la Directive RED II.[757] Il s'ensuit que ce ne sont pas seulement les États membres de l'UE qui doivent

[749] Oil World Annual 2021 (pièce MYS-17). Voir aussi Malaisie, réponse à la question n° 83 du Groupe spécial, page 53; Union européenne, réponse à la question n° 83 du Groupe spécial, paragraphe 457; et observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 75 du Groupe spécial, paragraphe 192.

[750] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.70

[751] En outre, pour les raisons exposées dans les considérations préliminaires de l'examen de l'analyse des produits similaires, le Groupe spécial n'est pas non plus convaincu par l'argument de l'Union européenne selon lequel le résultat de l'analyse de l'incidence préjudiciable effectuée par la Malaisie est faussé en raison de l'accent mis par le plaignant sur un sous-ensemble de produits similaires.

[752] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 726 à 731.

[753] Certains États membres de l'UE ont décidé d'exclure de la comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables non seulement le biocarburant dérivé de l'huile de palme, mais aussi le biocarburant dérivé de l'huile de soja, alors que d'autres ont purement et simplement interdit l'utilisation de biocarburant dérivé de l'huile de palme comme carburant pour le transport. (Examples of EU member States' measures restricting oil palm crop-based biofuel (pièce IDN-1), pages 11, 17, 33 et 35.)

[754] Le texte traduit des mesures des États membres de l'UE reproduit le libellé de l'article 26.2 de la Directive RED II ou contient des références explicites à cette disposition. (Examples of EU member States' measures restricting oil palm crop-based biofuel (pièce IDN-1))

[755] Rapport du Groupe spécial *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, paragraphe 7.397.

[756] À l'exception des lots de biocarburants certifiés comme présentant un faible risque de CIAS.

[757] Article 25.1 de la Directive RED II.

observer les règles énoncées à l'article 26 de la Directive RED II, mais aussi que ces règles deviennent obligatoires pour les fournisseurs de carburants opérant sur le marché de l'UE.

7.492. Par conséquent, le Groupe spécial constate que l'incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme peut clairement être imputée à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

#### 7.1.2.4.4.4 Conclusion concernant l'incidence préjudiciable

7.493. En résumé, le Groupe spécial constate que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS limite les possibilités de marché pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme. En revanche, comme les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja ne sont pas visés par la mesure, ils peuvent potentiellement bénéficier de l'ensemble des possibilités commerciales offertes dans les limites de la part maximale de 7%. En fait, les éléments de preuve présentés par les parties suggèrent que les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja peuvent bénéficier de possibilités accrues, en raison du déplacement de la demande de biocarburant dérivé du palmier à huile.[758] Par conséquent, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a une incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé par rapport au groupe des produits similaires nationaux.

7.494. Contrairement à ce que l'Union européenne fait valoir, cette constatation ne devrait pas être interprétée comme exigeant qu'elle continue "d'intervenir sur le marché de l'énergie" en faveur de tous les types de biocarburants, y compris ceux qui ne répondent pas à ses objectifs de politique générale.[759] En fait, ce soutien, s'il relève de l'article 2.1, ne devrait pas conduire à un traitement moins favorable des produits importés par rapport aux produits similaires nationaux et aux produits similaires d'autres origines. En tout état de cause, ainsi qu'il est mentionné plus haut, il ne suffit pas d'établir que la mesure a une incidence préjudiciable sur des produits importés pour démontrer qu'il y a eu violation de l'obligation de traitement non moins favorable énoncée à l'article 2.1. Un groupe spécial doit aussi analyser si l'incidence préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, ce qui est la question suivante que nous examinerons.

#### 7.1.2.4.5 Distinction réglementaire légitime

7.495. Comme il est indiqué plus haut dans le contexte de l'exposé du critère juridique applicable au titre de l'article 2.1, une constatation de l'existence d'une incidence préjudiciable sur les produits importés n'est pas déterminante, à elle seule, pour la question de savoir s'il y a traitement moins favorable au titre de cet article. Un groupe spécial doit analyser en outre si l'incidence préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".[760] Pour faire cette détermination, le groupe spécial doit évaluer la conception, la structure et le fonctionnement de la mesure en cause afin de déterminer si le règlement technique est appliqué d'une manière impartiale et, de ce fait, si l'incidence préjudiciable sur les produits importés découle exclusivement d'une distinction

[758] Delzeit *et al.*, document de travail de Kiel n° 2203 (pièce IDN-2), page 11.
[759] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 727.
[760] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182; *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; *États-Unis – EPO*, paragraphe 271; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.311. Cette interprétation de l'article 2.1 a été établie sur la base du contexte fourni par d'autres dispositions de l'Accord OTC, en particulier l'article 2.2, qui "donne à penser que des "obstacles au commerce international" peuvent être permis dans la mesure où il n'aura pas été constaté qu'ils sont "non nécessaires"", et le sixième considérant du préambule. Cette interprétation est également compatible avec l'objet et le but de l'Accord OTC, dont il a été constaté qu'ils consistaient à établir un équilibre entre, d'une part, l'objectif de libéralisation du commerce et, d'autre part, le droit des Membres de réglementer. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 171 et 174)

réglementaire légitime.[761] Dans l'ensemble, les parties semblent être d'accord en ce qui concerne les éléments de base et la nature du critère juridique énoncé à l'article 2.1.[762]

7.496. La Malaisie estime que l'incidence préjudiciable sur les importations de biocarburant dérivé de l'huile de palme ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Plus spécifiquement, elle fait valoir que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS n'impose pas une distinction réglementaire qui est légitime.[763] Elle fait valoir en outre à titre subsidiaire que, même s'il existait une distinction réglementaire *légitime*, celle–ci n'était pas appliquée d'une manière impartiale.[764] Dans ce contexte, la Malaisie soutient que la mesure n'est pas adaptée au risque car elle ne s'applique pas aux biocarburants produits à partir de matières premières ayant des émissions liées aux CIAS estimées plus élevées que celles de l'huile de palme.[765]

7.497. L'Union européenne soutient que toute incidence de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.[766] Elle affirme que la mesure poursuit des objectifs de politique générale légitimes et de longue date de son régime applicable aux biocarburants en ce qui concerne l'atténuation des changements climatiques, des objectifs en matière d'environnement et de biodiversité et des préoccupations morales.[767] Elle s'appuie à cet égard sur les justifications scientifiques qui sous-tendent son régime applicable aux biocarburants en général et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS en particulier.[768] Elle conteste en outre que la mesure ne soit pas appliquée d'une manière impartiale, indiquant l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et son objectif déclaré.[769]

7.498. La question de savoir si les incidences préjudiciables découlent exclusivement d'une distinction réglementaire légitime particulière doit être examinée à la lumière de la nature et de l'objet de la distinction en cause et de la manière dont elle fonctionne. Les arguments des parties sont axés sur deux grandes questions: celle de savoir si la distinction réglementaire fondée sur un risque élevé de CIAS est légitime et, dans l'affirmative, celle de savoir si elle est appliquée d'une manière impartiale.

7.499. Le Groupe spécial note que les arguments spécifiques qui sont avancés par les parties sur ces deux questions se recoupent largement.[770] Il est conscient que ces recoupements sont dans une large mesure la conséquence de recoupements apparents dans des aspects du critère juridique

[761] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182; *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.33. Les groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel n'ont pas précisé le sens du terme "impartialité". L'Organe d'appel a toutefois noté qu'"il n'y [avait] aucune formule fixe indiquant comment un plaignant [devait] défendre sa cause" au titre de l'article 2.1 et a mis en garde contre l'application des règles relatives à la charge de la preuve d'une manière formaliste ou mécanique. Dans le même ordre d'idées, le premier Groupe spécial de la mise en conformité dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* a considéré que l'"impartialité" n'était pas un critère distinct mais plutôt un "outil d'analyse, une sorte de mesure ou critère rhétorique qui [faisait] intervenir un concept souple et généralement équitable comme indicateur ou repère". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.33; et rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.93)

[762] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 571 et 572. Union européenne, première communication écrite, paragraphes 694 à 697.

[763] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 574 à 577; et deuxième communication écrite, paragraphe 243.

[764] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 578 à 584; et deuxième communication écrite, paragraphe 244.

[765] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 580 et 581.

[766] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 735 à 752; et deuxième communication écrite, paragraphes 91 à 96.

[767] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 742.

[768] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 744 à 752; et deuxième communication écrite, paragraphe 96.

[769] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 753 à 768; et deuxième communication écrite, paragraphes 99 et 100.

[770] Le Groupe spécial note que la Malaisie formule des arguments similaires affirmant que le risque élevé de CIAS n'est pas une distinction réglementaire légitime et que la mesure n'est pas appliquée d'une manière impartiale car seul le biocarburant dérivé de l'huile de palme est considéré comme présentant un risque élevé de CIAS et soumis à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS par suite de l'application des critères énoncés à l'article 3 du Règlement délégué. (Malaisie, première communication écrite, paragraphes 575 et 578)

énoncé à l'article 2.1 en cause, dont l'un ou l'autre, s'il est démontré, conduit à la conclusion que l'incidence préjudiciable ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. L'Organe d'appel a reconnu ces recoupements, observant que, "dans le cas où une distinction réglementaire n'était pas conçue et appliquée d'une manière impartiale – parce que, par exemple, elle était conçue ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable – cette distinction ne pouvait pas être considérée comme "légitime"".[771] Le Groupe spécial rappelle à cet égard qu'il a "le pouvoir discrétionnaire de ne traiter que les arguments qu'il juge nécessaire de traiter pour régler une allégation donnée".[772] Par conséquent, il ne considère pas qu'il a l'obligation d'évaluer les arguments des parties d'une manière formaliste, en traitant chacun des éléments qu'elles soulèvent dans l'ordre de leur présentation.[773]

7.500. Cela étant dit, le Groupe spécial mènera son analyse en suivant la structure générale des arguments présentés par les parties et en se concentrant sur les deux grandes questions qui ont été soulevées. Il identifiera donc d'abord la distinction réglementaire pertinente établie par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et examinera si cette distinction est légitime *a priori*. À cette fin, il examinera tous les aspects de la mesure qui, à son avis, ont trait à l'essence même de la distinction réglementaire en cause, quel que soit le contexte exact dans lequel ils ont été soulevés par les parties. S'il constate que la distinction réglementaire fondée sur un risque élevé de CIAS est légitime *a priori*, il examinera ensuite les aspects de la mesure qui, à son avis, sont pertinents pour évaluer si la distinction est appliquée d'une manière impartiale, y compris si elle est appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable.

7.501. Le Groupe spécial note en outre que les arguments des parties concernant l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.1 ont trait aux fondements scientifiques du concept de CIAS et de risque élevé de CIAS. De plus, les parties débattent abondamment des études scientifiques produites comme éléments de preuve, des données sous–jacentes, des hypothèses, de leurs sources, ainsi que de leur utilisation dans la formule relative au risque élevé de CIAS. Les vues des parties diffèrent sur la mesure dans laquelle l'examen de ces éléments de preuve par le Groupe spécial devrait être approfondi.[774]

7.502. Le Groupe spécial rappelle que son mandat, qui consiste à "procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi" en vertu de l'article 11 du Mémorandum d'accord, comporte une obligation d'examiner tous les éléments de preuve versés au dossier et d'évaluer la pertinence et la force probante de chacun d'entre eux.[775] Dans la mesure où, pour s'acquitter de cette obligation, il devrait examiner des preuves scientifiques, il considère que, bien qu'il ne soit pas en mesure de tirer des conclusions définitives sur le bien–fondé méthodologique des approches présentées et des renseignements scientifiques sous–jacents, il peut examiner si le corpus d'éléments de preuve constitue, dans son ensemble, une base raisonnable à l'appui de l'affirmation pour laquelle il est invoqué.[776] Dans la mesure où le présent Groupe spécial est appelé à examiner la solidité de ces éléments de preuve, son évaluation peut inclure ce qui suit, le cas échéant:

> [U]n examen du point de savoir si ces éléments de preuve "provien[nent] d'une source compétente et respectée", s'ils ont la "rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré[s] comme des données scientifiques dignes de foi" ou s'ils reflètent des "données scientifiques légitimes d'après les normes de la communauté scientifique

[771] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

[772] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Volailles*, paragraphe 135.

[773] Le Groupe spécial note que les arguments des parties au titre de l'article 2.1 renvoient également à des sections de leurs arguments au titre de l'article 2.2 et de l'article XX (et vice versa). Toutes ces sections renvoient aussi à plusieurs sections initiales de leurs communications qui contiennent des analyses approfondies de la validité des concepts de CIAS et de risque élevé de CIAS, ainsi que du fondement scientifique des mesures en cause, et de l'historique et des circonstances factuelles entourant les mesures en cause.

[774] Malaisie, réponse à la question n° 59 du Groupe spécial, pages 32 et 33. Union européenne, réponse à la question n° 59 du Groupe spécial, paragraphes 361 à 386; observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 59 du Groupe spécial, paragraphes 98 à 107.

[775] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphe 137.

[776] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.627. Le Groupe spécial est conscient que dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac*, le Groupe spécial chargé de ce différend a adapté les constatations précédemment formulées dans le contexte de l'article 5.1 de l'Accord SPS aux fins de l'évaluation d'une allégation formulée au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Toutefois, il est d'avis que les mêmes considérations pourraient être pertinentes, *mutatis mutandis*, dans le contexte d'un examen au titre de l'article 2.1.

> pertinente", et "si le raisonnement énoncé sur la base des preuves scientifiques est objectif et cohérent".[777]

7.503. Dans les limites de ces paramètres, les groupes spéciaux peuvent s'appuyer sur des éléments de preuve reflétant une opinion scientifique minoritaire, à condition que cette opinion émane de sources respectées et reflète des données scientifiques légitimes et dignes de foi à la lumière des éléments de preuve versés au dossier.[778] Il ne suffirait donc pas que le plaignant présente simplement une opinion scientifique différente ou souligne certaines imperfections dans l'approche adoptée par le Membre qui réglemente, dès lors que les éléments de preuve versés au dossier constituent, dans leur ensemble, une base raisonnable pour cette approche.[779]

7.504. Par conséquent, le Groupe spécial est d'avis que sa tâche en l'espèce n'est pas de tenter de résoudre des débats scientifiques sur la base des éléments de preuve présentés par les parties.[780] Il doit plutôt déterminer si, compte tenu de la totalité des éléments de preuve, il existe une base raisonnable pour la distinction réglementaire établie par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la manière dont elle est appliquée.

#### 7.1.2.4.5.1 La distinction réglementaire en cause

7.505. Le point de départ pour déterminer si l'incidence préjudiciable sur les produits importés découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime est un examen de la distinction réglementaire qui explique la différence de traitement donnant lieu à l'incidence préjudiciable.[781] Dans ce contexte, les groupes spéciaux peuvent examiner non seulement la distinction particulière qui cause l'incidence préjudiciable, mais aussi d'autres éléments probants qui pourraient permettre de mieux comprendre la conception de la mesure et son fonctionnement.[782] Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel a considéré que la différence de traitement entraînant l'incidence préjudiciable sur le thon importé était l'élément central de la distinction réglementaire en cause:

> L'aspect de la mesure qui cause l'effet préjudiciable sur les produits du thon mexicains est donc la différence dans les conditions d'étiquetage pour les produits du thon contenant du thon capturé par encerclement des dauphins dans l'ETP, d'une part, et pour les produits du thon contenant du thon capturé par d'autres méthodes de pêche à l'extérieur de l'ETP, d'autre part. La question dont nous sommes saisis est donc de savoir si les États–Unis ont démontré que cette différence dans les conditions d'étiquetage était une distinction réglementaire légitime et, par conséquent, si l'effet préjudiciable de la mesure résulte exclusivement de cette distinction au lieu de dénoter une discrimination.[783]

7.506. De plus, les objectifs déclarés d'une mesure identifiée aux fins d'une analyse au titre de l'article 2.2, si une allégation concernant cette disposition est formulée en parallèle, pourraient aider les groupes spéciaux à identifier la distinction réglementaire pertinente en cause.[784]

7.507. Le Groupe spécial a constaté plus haut que l'incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme découlait du classement de l'huile de palme en tant que matière première présentant un risque élevé de CIAS (la seule actuellement) et, en conséquence, du fait que ce biocarburant était soumis à la mesure plafond et élimination progressive. Ce classement résulte de

---

[777] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.516. (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphes 591 et 592.)

[778] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 178.

[779] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphes 7.641 et 7.642.

[780] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphes 7.150 et 7.151.

[781] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.174; et rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 341.

[782] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.96.

[783] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 284.

[784] Le Groupe spécial note que dans une procédure de mise en conformité menée dans le cadre de l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel s'est appuyé sur ses constatations antérieures, ainsi que sur les constatations du Groupe spécial initial, concernant l'identification des objectifs de la mesure au titre de l'article 2.2 lorsqu'il a examiné l'allégation du Mexique au titre de l'article 2.1. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.16.)

l'application de la formule relative au risque élevé de CIAS énoncée à l'article 3 du Règlement délégué et de l'utilisation des données figurant dans son annexe. Les détails de la formule, y compris ses différents éléments, sont expliqués en détail dans la partie descriptive du présent rapport.[785] La formule est conçue pour déterminer le niveau de risque de CIAS des différentes matières premières pour biocarburants en utilisant comme indicateur supplétif la part observée de l'expansion de la zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone, ajustée pour tenir compte de la productivité.[786] Si cette part dépasse 10%, il est déterminé que la matière première pour biocarburants présente un risque élevé de CIAS.

7.508. Le classement de l'huile de palme en tant que matière première présentant un risque élevé de CIAS reflète donc le niveau de risque de CIAS et d'émissions de GES liées aux CIAS associées à la production de la matière première.[787] C'est donc le niveau élevé de risque de CIAS qui est au cœur de la distinction réglementaire en cause et non, par exemple, la quantification des volumes respectifs d'émissions de GES liées aux CIAS causées par la production d'une quelconque matière première pour biocarburants particulière.[788] En résumé, la mesure établit une distinction réglementaire entre différents types de biocarburants sur la base du point de savoir si la matière première utilisée pour leur production présente un niveau élevé de risque de CIAS.

7.509. Ainsi interprétée, la distinction réglementaire en cause correspond à l'objectif des mesures identifié dans le contexte de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.2. Le Groupe spécial a conclu dans ce contexte que la raison d'être déclarée de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était de limiter le *risque* d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale. Le classement de l'huile de palme en tant que matière première présentant un risque élevé de CIAS, par suite de l'application de la formule relative au risque élevé de CIAS, constitue donc la principale distinction réglementaire que la mesure établit entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme, d'une part, et les biocarburants produits à partir d'autres cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, y compris l'huile de colza et l'huile de soja, d'autre part.

7.510. L'interprétation donnée par le Groupe spécial de la distinction réglementaire en cause est confirmée en outre par la conception des critères relatifs au faible risque de CIAS qui, au moins formellement, visent à tempérer l'incidence préjudiciable de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Ces critères sont conçus pour tenir compte du fait que le risque de provoquer des CIAS est atténué en ce qui concerne les lots de matières premières produites dans le cadre de systèmes qui évitent les effets de déplacement.[789] Le risque de CIAS associé à un lot spécifique est donc un élément central des critères relatifs au faible risque de CIAS (bien que la certification relative au faible risque de CIAS ne modifie pas le classement d'une matière première dans son ensemble comme présentant un risque élevé de CIAS).

[785] Voir la partie descriptive du présent rapport.

[786] Le Groupe spécial comprend que la zone de production d'une matière première englobe la zone de production mondiale d'une culture utilisée pour la production de biocarburant, quel que soit l'objectif spécifique pour lequel elle est cultivée (c'est-à-dire, y compris pour des applications autres que les biocarburants).

[787] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 176 et 177.

[788] Dans le présent rapport, les termes "culture" et "matière première" sont utilisés de manière interchangeable suivant en cela l'usage que font les parties de ces termes dans leurs communications. Le Groupe spécial note à cet égard que les références à l'expression "zone de production" d'une matière première dans le Règlement délégué et d'autres documents d'accompagnement désignent essentiellement la superficie totale de la culture, qu'elle soit utilisée pour produire les matières premières ou pour d'autres applications.

[789] Considérant 37 de la Directive RED II. Dans le même ordre d'idées, le considérant 12 du Règlement délégué dispose ce qui suit:

> Dans certaines circonstances, les incidences en termes de CIAS dues aux biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse généralement considérés comme présentant un risque CIAS élevé peuvent être évitées et la culture des matières premières qui s'y rapportent peut même s'avérer bénéfique pour les zones de production concernées. […] Il convient que les biocarburants, bioliquides ou combustibles issus de la biomasse qui sont certifiés comme présentant un risque CIAS faible soient exemptés de la limite et de la réduction progressive applicables aux biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse … présentant un risque CIAS élevé.

#### 7.1.2.4.5.2 Légitimité de la distinction réglementaire

7.511. Le Groupe spécial examine maintenant la question de savoir si une distinction réglementaire fondée sur le niveau de risque de CIAS d'une matière première ne peut être légitime *a priori*.

7.512. La Malaisie affirme que la distinction réglementaire fondée sur les concepts de CIAS et de risque élevé de CIAS ne peut pas être légitime car ces deux concepts ont un fondement scientifique insuffisant et ciblent spécifiquement le biocarburant dérivé de l'huile de palme.[790] À l'appui de cette affirmation, la Malaisie reprend un certain nombre d'arguments qu'elle formule en ce qui concerne différents éléments du critère juridique prévu à l'article 2.2 et 2.4, y compris ceux qui ont trait à la légitimité de l'objectif de la mesure et au traitement des CIAS dans le cadre des normes internationales. Plus spécifiquement, elle affirme que les CIAS ne peuvent pas être observés ou quantifiés et que, de ce fait, ils ne peuvent pas constituer le fondement d'une distinction réglementaire légitime.[791] Selon elle, cela se reflète dans la non–prise en compte des CIAS dans les normes internationales sur le calcul de l'empreinte carbone.[792]

7.513. Lorsqu'ils ont examiné des distinctions réglementaires en cause au titre de l'article 2.1 dans des différends antérieurs et, en particulier, lorsqu'ils ont examiné si ces distinctions étaient légitimes, certains groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont fait référence aux conclusions établies concernant l'existence d'un "objectif légitime" d'une mesure au titre de l'article 2.2, si une telle allégation avait été formulée en parallèle.[793] Le Groupe spécial rappelle que, dans le contexte des allégations de la Malaisie au titre de l'article 2.2, il a conclu que l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale était un "objectif légitime" au sens de cette disposition. Dans ce contexte, il a constaté que le risque d'émissions de GES liées aux CIAS, bien qu'il ne soit pas directement observable ou quantifiable avec précision à l'heure actuelle, n'était pas un risque qui apparaissait comme théorique, abstrait ou autrement hypothétique.[794] Dans le contexte de son évaluation de l'allégation au titre de l'article 2.4, qui a éclairé son évaluation au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial a constaté en outre que les normes ISO mentionnées par la Malaisie n'"exclu[aient] pas la prise en compte des CIAS" dans les cas où des mesures visaient à faire face au risque d'émissions de GES.[795]

7.514. Le Groupe spécial a donc constaté qu'il existait une base raisonnable permettant à l'Union européenne de considérer que l'accroissement de la demande de biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale accroissait le risque d'émissions de GES liées aux CIAS. À son avis, toutes ces considérations sont également pertinentes pour la question de savoir si la distinction réglementaire établie par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est légitime. Toutefois, dans le contexte de son évaluation au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial a déjà expliqué que cette conclusion laissait ouverte toute question relative à l'estimation du niveau de risque de CIAS. En particulier, cette conclusion laisse ouverte toute question relative aux aspects spécifiques de la classification à risque élevé de CIAS, y compris les éléments de la formule relative au risque élevé de CIAS. Le Groupe spécial a indiqué qu'il reviendrait sur cette question dans le contexte de l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" de l'analyse au titre de l'article 2.1.

7.515. Certains des arguments des parties concernant la classification à risque élevé de CIAS se rapportent à ses fondements conceptuels, y compris certains éléments de base de la formule relative au risque élevé de CIAS. D'autres sont axés sur des paramètres ou des valeurs spécifiques sur la base desquels la formule fonctionne. Le Groupe spécial considère que les premiers sont pertinents pour la question de la légitimité *a priori* de la distinction réglementaire et, par conséquent, il les examinera dans cette section.

7.516. Sur la base des arguments des parties, le Groupe spécial considère donc que les points ci–après soulèvent des questions fondamentales concernant la légitimité *a priori* de la distinction

[790] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 575 et 576.
[791] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 575 et 576.
[792] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 575.
[793] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 242 et 243; et rapports du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique II)*, paragraphes 7.186 et 7.187.
[794] Voir plus haut le paragraphe 7.307.
[795] Voir plus haut le paragraphe 7.290.

réglementaire fondée sur un risque élevé de CIAS: i) le recours de l'Union européenne à la part du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone comme indicateur supplétif du risque de CIAS; ii) la relation entre la demande de biocarburants de l'UE et une part spécifique de l'expansion de la zone de production de matières premières; et iii) la distinction entre différentes cultures sur la base de leur niveau de risque de CIAS.[796] Le Groupe spécial examinera ces points l'un après l'autre.

### *Part du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone en tant qu'indicateur supplétif du risque de CIAS*

7.517. La formule utilise, comme indicateur supplétif du niveau de risque de CIAS, la part observée de l'expansion de la zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone, ajustée pour tenir compte de la productivité.[797] Si cette part dépasse 10%, il est déterminé que les matières premières présentent un risque élevé de CIAS. C'est donc le taux d'expansion antérieur d'une zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone qui est un indicateur de la probabilité de provoquer des CIAS et des émissions de GES liées aux CIAS.

7.518. Il n'est pas contesté par les parties que les CIAS et leurs effets ne peuvent pas être observés ou quantifiés avec précision à l'heure actuelle.[798] Les parties semblent toutefois tirer des conclusions opposées de ce fait. La Malaisie soutient que puisque les CIAS ne peuvent pas être directement observés et quantifiés, ils ne peuvent pas constituer la base d'une distinction réglementaire visant à lutter contre les émissions de GES liées aux CIAS associées à la production de matières premières pour biocarburants.[799] Pour sa part, l'Union européenne fait valoir qu'en raison des mêmes considérations elle a dû choisir une autre méthode, qui utilise l'expansion observée sur des terres présentant un important stock de carbone en tant qu'indicateur du risque de CIAS.[800]

7.519. La Malaisie critique la méthode élaborée par l'Union européenne et son utilisation pour estimer le risque de CIAS.[801] Elle estime que l'expansion d'une zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone (CDAS) est sans lien avec les émissions de GES associées aux CIAS et que des facteurs autres que l'accroissement de la demande de biocarburant pourraient entraîner cette expansion.[802] Selon elle, il n'existe aucune preuve scientifique qui permette d'affirmer que lorsque la production de certaines cultures entraîne d'importants effets liés aux CDAS, cela s'accompagne également d'un risque plus élevé de CIAS.[803] La Malaisie estime en outre qu'il y a de sérieux doutes quant au lien rationnel entre la distinction réglementaire établie par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et les objectifs de la mesure.[804]

7.520. L'Union européenne affirme que le recours à la part d'une culture dans l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone comme indicateur de risque de CIAS est justifié en raison des limites des techniques disponibles pour modéliser avec précision les émissions de GES liées aux CIAS.[805] Elle soutient que les matières premières pour lesquelles des CAS ont été observés sont plus susceptibles d'étendre leur zone de production pour répondre à un accroissement de la

[796] Le Groupe spécial note que la Malaisie soulève certains de ces points, ou certains de leurs aspects, à l'appui de son affirmation selon laquelle la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ou n'est pas appliquée d'une manière impartiale. À son avis, toutefois, ces arguments concernent l'essence même de la distinction réglementaire fondée sur le niveau de risque de CIAS plutôt que la manière dont la distinction a été *appliquée* dans l'affaire dont il s'agit ici.

[797] Le Groupe spécial comprend que la zone de production d'une matière première englobe la zone de production mondiale d'une culture utilisée pour la production de biocarburant, quel que soit l'objectif spécifique pour lequel elle est cultivée (c'est-à-dire, y compris pour des applications autres que les biocarburants).

[798] Dans le contexte de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial a constaté que "[l]'existence d'une grande variabilité dans les estimations de modélisation [faisait] qu'il [était] difficile d'évaluer avec exactitude la quantité spécifique d'émissions de GES liées aux CIAS par types spécifiques de cultures destinées à la production de biocarburants conventionnels." Voir plus haut le paragraphe 7.305.

[799] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 576 et 577.

[800] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 396 à 405.

[801] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 132 à 138.

[802] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 135 et 581.

[803] Avis d'expert de M. Finkbeiner (pièce MYS-45), page 18.

[804] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 575.

[805] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 396 à 405.

demande que celles pour lesquelles ces phénomènes n'ont pas été observés.[806] Par conséquent, l'Union européenne est d'avis que des niveaux élevés de CDAS observables sont indicatifs du risque de CIAS. Elle ajoute que l'utilisation de l'expansion observable de la zone de production d'une matière première en tant qu'indicateur de risque de CIAS comporte un degré d'incertitude paramétrique nettement moindre par rapport à l'approche de modélisation.[807]

7.521. Le Groupe spécial comprend que, conformément à la formule relative au risque élevé de CIAS, la part de l'expansion d'une zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone reflète un changement d'affectation des sols qui est pertinent pour les effets des CDAS et les effets des CIAS d'une matière première pour biocarburants donnée. Les premiers ont lieu lorsqu'une demande supplémentaire pour la culture entraîne directement l'expansion de sa zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone. Les seconds se produisent lorsque, pour répondre à une demande supplémentaire de biocarburants, la production agricole existante de la même culture est détournée de fins non destinées aux carburants pour produire une matière première pour biocarburants. Comme la demande de produits agricoles ne diminue pas et que les améliorations de la productivité sont insuffisantes pour répondre à la demande supplémentaire, il est probable que ce détournement entraîne une expansion de la production agricole non destinée aux biocarburants de la même culture, y compris sur des terres présentant un important stock de carbone. La formule relative au risque élevé de CIAS vise à rendre compte de cette expansion résultant du détournement de la production entre différentes applications d'une culture individuelle.

7.522. Cette formule établit donc un lien entre les CDAS observés et la probabilité de CIAS pour une culture individuelle en estimant la pression exercée par cette culture sur la production agricole existante en raison de l'accroissement de la demande de biocarburants. De l'avis du Groupe spécial, l'existence de ce lien est renforcée compte tenu du fonctionnement des critères de durabilité et de réduction des émissions de GES prévus par la Directive RED II. Ces critères excluent la possibilité de comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables pour les biocarburants produits par suite de CDAS dans des zones désignées à l'article 29 de la Directive, y compris des terres présentant un important stock de carbone. On peut soutenir que les critères de durabilité et de réduction des émissions de GES créent donc une incitation à desservir le marché des biocarburants de l'UE par une expansion sur des terres agricoles existantes, plutôt que sur des terres présentant un important stock de carbone, y compris sur une zone de production de la même culture utilisée à des fins non destinées aux carburants.

7.523. Le Groupe spécial note aussi que la Malaisie présente des éléments de preuve qui critiquent cet aspect de la mesure qui suppose que la culture déplacée est le palmier à huile produit en Malaisie à des fins alimentaires, tout en acceptant le caractère mondial des marchés agricoles.[808] Selon elle, il est impossible d'établir un lien entre la production de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale aux fins de la production de biocarburants dans un lieu géographique et la production de cultures dans un autre lieu géographique.[809]

7.524. D'après ce que le Groupe spécial comprend, la Malaisie fait valoir que le recours à la part de l'huile de palme dans l'expansion d'une zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone peut conduire à extrapoler la situation du palmier à huile à la culture déplacée, qui peut être produite n'importe où dans le monde. Le Groupe spécial note à cet égard qu'il n'est pas contesté par les parties que l'expansion de la production agricole déclenchée par les CIAS d'une matière première pour biocarburants peut survenir n'importe où dans le monde.[810] Il est vrai qu'il n'est pas rendu compte directement du changement d'affectation des sols provoqué par l'expansion d'une production agricole non destinée aux biocarburants et que celui–ci ne peut donc être attribué à aucune matière première pour biocarburants spécifique.

7.525. Le Groupe spécial ne considère pas que cet aspect de la méthode soit problématique. Il rappelle que la mesure ne vise pas à attribuer aux matières premières pour biocarburants de

[806] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 421 et 422; et réponse à la question n° 38 du Groupe spécial, paragraphes 223 et 224.
[807] Union européenne, réponse à la question n° 38 du Groupe spécial, paragraphes 222 à 230.
[808] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 575.
[809] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 575.
[810] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 140. Union européenne, première communication écrite, paragraphe 464.

quelconques niveaux spécifiques d'émissions de GES liées aux CIAS. Cette mesure vise plutôt à estimer la pression exercée par l'accroissement de la demande d'une matière première pour biocarburants particulière sur une production agricole existante non destinée aux biocarburants. Cette pression reflète le niveau de risque de provoquer des CIAS. L'estimation de ce niveau de risque n'exige pas d'attribuer un changement d'affectation des sols à l'expansion d'une quelconque matière première particulière qui déplace une production agricole non destinée aux biocarburants. Il apparaît plutôt qu'il existe une base raisonnable pour se concentrer sur les effets du changement d'affectation des sols propres à cette matière première, qui reflètent sa propension à étendre la zone de production en réponse à un accroissement de la demande. De l'avis du Groupe spécial, cela confirme l'existence d'un lien rationnel entre l'expansion d'une zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone et le risque d'émissions de GES liées aux CIAS.

7.526. L'Union européenne reconnaît que la lutte contre les effets liés aux CIAS sur la base de la part de l'expansion d'une zone de production de matières premières n'est pas une méthode parfaite exempte d'incertitudes. Le Groupe spécial est d'accord et observe que l'approche suivie par la mesure exige de faire plusieurs hypothèses concernant certains éléments de la formule relative au risque élevé de CIAS. Il note toutefois que la méthode repose sur un phénomène observable (la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone), ce qui accroît la probabilité que la formule rende compte du lien de causalité entre la demande pour la culture en question et le risque de CIAS. Par conséquent, dès lors que la méthode dans son ensemble a un lien rationnel avec l'objectif de la mesure, on ne peut pas dire de la distinction réglementaire qu'elle n'est pas légitime a priori au seul motif que l'Union européenne a décidé d'utiliser des effets observables du changement d'affectation des sols comme indicateur de CIAS.[811]

7.527. Accepter une affirmation contraire priverait *de facto* les Membres de l'OMC du droit de réglementer les risques qui ne se prêtent pas à une analyse quantitative, ou qui ne sont pas suffisamment étudiés, même si ces risques constituent un véritable sujet de préoccupation.[812] Rien dans le texte de l'Accord OTC n'étaye cette interprétation de l'article 2.1. Au contraire, le préambule de l'Accord reconnaît expressément que "rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires … à la protection de l'environnement".[813] À cette fin, l'article 2.2 énumère "les données scientifiques et techniques *disponibles*" au nombre des considération pertinente pour évaluer les risques réglementaires. De l'avis du Groupe spécial, cela confirme que l'Accord OTC n'exige pas que les Membres de l'OMC réglementent uniquement lorsque des données parfaites sont disponibles.[814]

7.528. Le Groupe spécial n'est pas non plus convaincu par le recours de la Malaisie au rapport d'expert présenté en l'espèce pour étayer l'affirmation selon laquelle la part d'une culture dans l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone ne peut pas être utilisée comme indicateur du risque de CIAS. Il note que le rapport d'expert en cause examine le recours aux CIAS du point de vue de l'estimation des niveaux d'émissions de GES qui leur sont liées en se servant d'une approche fondée sur une ACV.[815] La prémisse de l'argument de la Malaisie semble donc malavisée car, comme cela est expliqué en détail dans les paragraphes précédents, la mesure est axée sur le risque de CIAS et ne vise pas à attribuer des niveaux spécifiques d'émissions de GES à de quelconques matières premières. Le Groupe spécial considère donc que la mesure n'a pas besoin d'établir un lien de causalité direct entre la production d'une matière première pour biocarburants

[811] Dans la mesure où la Malaisie conteste des données et des hypothèses spécifiques qui sont utilisées dans la formule relative au risque élevé de CIAS, celles-ci sont examinées dans la section suivante.

[812] Le Groupe spécial rappelle que, dans le contexte de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.2, il a constaté que le risque d'émissions de GES liées aux CIAS, bien qu'il ne soit pas directement observable ou quantifiable avec précision à l'heure actuelle, n'était pas un risque qui apparaissait comme théorique, abstrait ou autrement hypothétique.

[813] Considérant 6 du préambule de l'Accord OTC.

[814] Le Groupe spécial note que dans le contexte de l'article 5 de l'Accord SPS des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont constaté qu'un Membre pouvait choisir une méthode quantitative ou qualitative pour procéder à une évaluation des risques. (Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 187.) Parfois, une approche quantitative peut ne pas être appropriée, en particulier lorsque des données numériques spécifiques fiables ne sont pas disponibles. (Rapport du Groupe spécial *Australie – Pommes*, paragraphe 7.441.) L'Organe d'appel a reconnu que divers éléments de l'analyse d'un groupe spécial au titre de l'article 2.2 pouvaient aussi impliquer une évaluation quantitative et une évaluation qualitative. (Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.211)

[815] Avis d'expert de M. Finkbeiner (pièce MYS-45), pages 9 et 10.

dans un lieu géographique et la production de cultures dans un autre lieu géographique qui entraîne des effets liés aux changements d'affectation des sols.

7.529. En résumé, le Groupe spécial considère que les éléments de preuve versés au dossier constituent une base raisonnable pour recourir à l'expansion d'une zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone en tant qu'indicateur de risque de CIAS. La mesure rend compte des effets du changement d'affectation des sols de cultures utilisées comme matières premières pour biocarburants, au moins pour les applications destinées ou non aux biocarburants d'une culture individuelle, mais aussi pour différentes cultures destinées à l'alimentation humaine et animale. De ce fait, la mesure établit un lien rationnel entre l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone et le risque de CIAS. De l'avis du Groupe spécial, comme la mesure ne vise pas à attribuer des quantités spécifiques d'émissions de GES liées aux CIAS à une quelconque matière première pour biocarburants particulière, il n'est pas nécessaire d'établir un lien de causalité direct entre le remplacement d'une production agricole non destinée aux biocarburants par une culture utilisée pour produire des biocarburants et les émissions de GES liées aux CIAS.

### *Relation entre la part de l'expansion d'une culture sur des terres présentant un important stock de carbone et la demande de biocarburants de l'UE*

7.530. La Malaisie estime que la distinction fondée sur les concepts de CIAS et de risque élevé de CIAS en particulier n'est pas légitime car il est impossible de déterminer la part de l'expansion d'une culture résultant d'un accroissement de la demande de biocarburants de l'UE par opposition à d'autres facteurs.[816] L'Union européenne reconnaît qu'il est impossible d'attribuer un taux d'expansion spécifique à chaque facteur étant donné la multitude de causes différentes de l'expansion.[817] Elle soutient que son approche est justifiée parce que l'incidence d'une culture particulière est la même quelle que soit son utilisation.[818] Elle observe que puisque la demande de produits agricoles ne diminue pas et qu'on ne peut pas y répondre par des gains de productivité, un accroissement de la demande de biocarburants entraînera une expansion de la production agricole non destinée aux biocarburants et, par implication, un changement d'affectation des sols.[819]

7.531. Dans la sous–section précédente, le Groupe spécial a constaté que puisque la mesure ne visait pas à attribuer des niveaux spécifiques d'émissions de GES liées aux CIAS à de quelconques matières premières particulières, il n'avait pas besoin d'établir un lien de causalité direct entre le remplacement d'une production agricole non destinée aux biocarburants par une culture utilisée pour produire des biocarburants et les émissions de GES liées aux CIAS. À son avis, un raisonnement semblable s'applique à l'argument de la Malaisie selon lequel la méthode de l'Union européenne n'attribue pas d'émissions de GES liées aux CIAS à la demande de biocarburants de l'UE. Le Groupe spécial convient que la formule relative au risque élevé de CIAS ne rend pas compte de différents moteurs de la demande de cultures utilisées pour produire des matières premières pour biocarburants. Toutefois, l'attribution d'un changement d'affectation des sols à des facteurs spécifiques ne devrait pas avoir d'importance dans la mesure où le niveau de risque de CIAS est associé à la part moyenne mondiale de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone d'une culture dans son ensemble (c'est–à–dire pour toutes les applications). Le niveau de risque de CIAS reflète la pression que la production de cultures exerce à l'échelle mondiale sur les terres agricoles par suite d'un accroissement de la demande dans un secteur particulier. Par conséquent, chaque fois que la demande d'une matière première pour biocarburants augmente, cela contribue à cette pression et, par implication, au risque de CIAS.

7.532. Le Groupe spécial note en outre l'argument de la Malaisie selon lequel la détermination relative au risque élevé de CIAS s'applique à une culture dans son intégralité, indépendamment de son emplacement, du point de savoir si les récoltes spécifiques en question ont déplacé des cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, et des efforts locaux en matière de durabilité.[820] La Malaisie estime qu'une approche par pays ou même par région fondée sur la mesure des CDAS de

[816] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 581.
[817] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 118.
[818] Union européenne, réponse à la question n° 39 du Groupe spécial, paragraphe 239.
[819] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 380 à 382.
[820] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 66.

toutes les cultures serait plus appropriée, plus précise et non discriminatoire.[821] À son avis, l'adoption d'une telle approche permettrait de tenir compte des différences nationales et régionales, ce qui ne peut être fait si l'on se centre sur l'expansion mondiale d'une culture.[822]

7.533. L'Union européenne soutient que l'approche proposée par la Malaisie ne tient pas compte du caractère mondial des CIAS et manque de faisabilité.[823] Elle réaffirme que, en ce qui concerne les cultures oléagineuses utilisées comme matières premières pour biocarburants, leur expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, y compris toute modification des tendances qui pourrait résulter de la politique intérieure, est prise en compte dans la formule relative au risque élevé de CIAS, qui est soumise à examen.[824]

7.534. Le Groupe spécial rappelle que, dans le contexte de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.2, il a examiné diverses mesures de rechange proposées par la Malaisie, sur la base d'une approche fondée sur les CDAS applicable à toutes les cultures mises sur le marché de l'UE. Ici, l'évaluation du Groupe spécial est axée sur la discrimination alléguée entre les conditions en Malaisie et les conditions dans d'autres pays où les CAS se produisent. Les parties ne contestent pas que la classification à risque élevé de CIAS s'applique à l'intégralité de la culture, quelle que soit sa situation géographique.

7.535. Le Groupe spécial ne souscrit pas à l'argument de la Malaisie selon lequel une telle approche globale du risque de CIAS est viciée parce qu'elle ne tient pas compte des conditions "de production des biocarburants" en vigueur en Malaisie. Il rappelle à cet égard que sa détermination sur le point de savoir si la distinction réglementaire pertinente est appliquée d'une manière qui constitue une discrimination arbitraire ou injustifiable comprend un examen des conditions qui sont "pertinentes" à ces fins.[825] La condition pertinente pour la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est le niveau de risque de CIAS de la matière première pour biocarburants. Ce niveau de risque de CIAS est estimé sur la base de la part de cette matière première dans l'expansion d'une zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone. L'approche par pays envisagée par l'argument de la Malaisie ne tient pas compte du fait que la notion de risque de CIAS est mondiale par nature. Le profil mondial de risque de CIAS de chaque culture distingue cette affaire de certaines autres affaires antérieures (comme *États-Unis – Crevettes*) dans lesquelles il a été constaté que le fait que le Membre qui réglemente ne tienne pas correctement compte des circonstances propres à chaque pays constituait une discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où des "conditions [différentes] exist[aient]" au sens du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. En outre, toutes différences régionales affectant cette expansion apparaitraient dans les données qui sont incorporées dans la formule relative au risque élevé de CIAS. De ce fait, la mesure reflète donc les conditions de la production de matières premières pour biocarburants, y compris en Malaisie. Par conséquent, le Groupe spécial considère que les éléments de preuve présentés par les parties fournissent une base raisonnable pour attribuer un profil mondial de risque de CIAS à une culture plutôt que de le déterminer pays par pays.

7.536. Le Groupe spécial conclut donc qu'il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un lien de causalité direct entre une part spécifique de l'expansion d'une zone de production de matières premières et la demande de biocarburants produits à partir de ces matières premières dans l'Union européenne. Il conclut en outre que, même si la mesure ne fait pas de distinction entre différents moteurs de l'expansion des zones de production, elle est rationnellement liée à son objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés

[821] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 158 à 169; réponse à la question n° 30 du Groupe spécial, paragraphe 12.

[822] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 162.

[823] Union européenne, observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 30 du Groupe spécial, paragraphes 35 à 37.

[824] Union européenne, observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 46 du Groupe spécial, paragraphe 54.

[825] Rapports de l'Organe d'appel *CE - Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.299. Le Groupe spécial note que cette constatation de l'Organe d'appel concerne le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. Comme il a été expliqué précédemment, le texte introductif de l'article XX et le sixième considérant de l'Accord OTC partagent des similitudes textuelles, y compris une référence à la "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent". Le Groupe spécial considère que l'interprétation donnée par l'Organe d'appel du texte introductif de l'article XX est pertinente pour son interprétation et son application de l'article 2.1.

de cultures. La raison en est que la mesure s'applique uniquement aux biocarburants consommés sur le marché de l'UE.

### *Distinction entre différentes matières premières pour biocarburants sur la base de leur niveau de risque de CIAS*

7.537. Une autre caractéristique essentielle de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS consiste en ce qu'elle vise à attribuer différents niveaux de risque de CIAS (c'est–à–dire élevé et non élevé) à différentes matières premières pour biocarburants. Il apparaît que cette approche est compatible a priori avec l'hypothèse sous–jacente de la mesure selon laquelle le niveau de risque de CIAS est associé à une matière première spécifique, et se reflète dans la part de cette matière première dans l'expansion d'une zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone, plutôt qu'à toute condition spécifique causant l'expansion.

7.538. Selon la Malaisie, le fait de distinguer des cultures sur la base de leurs niveaux de risque de CIAS allégués contredit les éléments de preuve indiquant que les effets des CIAS ne peuvent pas être mesurés ou quantifiés.[826] La Malaisie ajoute que les marchés agricoles ont un caractère mondial et qu'il est généralement convenu que les effets des CIAS ne sont pas propres à chaque culture, ce qui, à son avis, est confirmé par le rejet par l'Union européenne des résultats des études économiques modélisant les effets des CIAS dans le Rapport d'état.[827]

7.539. L'Union européenne réaffirme que la mesure utilise la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone comme indicateur de risque de CIAS. Elle signale à cet égard que différentes matières premières pour biocarburants sont produites sur des terres de diverses teneurs en carbone et ont des rendements différents, ce qui a une incidence sur leurs niveaux globaux d'émissions de GES.[828] Le niveau de risque de CIAS variera donc d'une matière première à l'autre puisque la part de chacune d'entre elles dans l'expansion d'une zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone varie.[829] L'Union européenne ajoute que les effets différenciés des CIAS sont confirmés par les résultats des études examinées dans le cadre de l'analyse d'impact pour la Directive CIAS.[830]

7.540. Le Groupe spécial considère que les difficultés à quantifier avec précision les émissions de GES liées aux CIAS pour chaque matière première n'excluent pas en elles–mêmes et à elles seules la possibilité que le niveau de risque de CIAS puisse varier d'une matière première à l'autre. Comme il l'a observé dans le présent rapport, la quantification des émissions de GES liées aux CIAS et l'estimation du *risque* de CIAS et des émissions de GES qui leur sont liées sont des questions différentes qui soulèvent des ensembles de questions différents, et qu'elles ne peuvent pas être abordées du même point de vue méthodologique. En fait, les éléments de preuve présentés par les parties indiquent que les facteurs relatifs aux émissions de GES liées aux CIAS ont été étudiés culture par culture.[831] L'analyse d'impact établie pour la Directive CIAS confirme que "les modèles tendent à attribuer différentes émissions liées aux changements (indirects) dans l'affectation des sols à différentes matières premières".[832] Par conséquent, le fait que, lors de l'adoption de la Directive CIAS en 2015, l'Union européenne a décidé de ne pas faire de distinction à ce moment–là entre différentes matières premières sur la base de leurs niveaux d'émissions de GES liées aux CIAS ne l'empêche pas aujourd'hui d'attribuer différents niveaux de risque de CIAS à différentes matières premières.[833] Pour les mêmes raisons, le Groupe spécial n'est pas convaincu qu'il soit généralement

[826] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 580.
[827] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 580 et 610.
[828] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 417 à 430.
[829] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 417, 418 et 428.
[830] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 418, note de bas de page 287.
[831] Rapport d'étude (2017) (pièce EU-28), pages 26 à 39. De l'avis du Groupe spécial, le fait même que les études de modélisation invoquées par les deux parties et analysées par l'Union européenne dans le Rapport d'état examinent les effets des CIAS par culture est une indication que le risque de ces effets varie selon les différentes cultures. En fait, la Malaisie semble reconnaître implicitement que différentes cultures peuvent présenter différents niveaux de risques d'émissions de GES liées aux CIAS dans la mesure où elle s'appuie sur les conclusions de ces études pour faire valoir que le soja a des niveaux estimés d'émissions de GES liées aux CIAS plus élevés que le palmier à huile. Malaisie, première communication écrite, paragraphe 580.
[832] Analyse d'impact (2012) (pièce EU-26), page 85.
[833] En conséquence, les CIAS ont uniquement été visés par la Directive CIAS par le biais de la part maximale de 7%.

convenu que les effets des CIAS ne sont pas propres à chaque culture. Cette affirmation n'est pas étayée par les éléments de preuve présentés par les parties.[834]

7.541. De plus, le Groupe spécial rappelle que la mesure vise à estimer le niveau de risque de CIAS, considéré comme la pression exercée par une matière première sur des terres agricoles existantes par suite d'un accroissement de la demande. Cette pression est ensuite estimée en fonction de la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone. Comme le montre l'annexe du Règlement délégué, les parts de différentes cultures destinées à l'alimentation humaine et animale dans l'expansion sur ce type de terres sont différentes, ce qui donne à penser que les niveaux de la pression exercée sur les terres agricoles existantes par suite d'un accroissement de la demande sont différents. Comme le note l'Union européenne, ces différences peuvent être associées à la teneur en carbone des terres sur lesquelles l'expansion a eu lieu, ainsi qu'au rendement de la culture, deux facteurs dont il est rendu compte dans la formule relative au risque élevé de CIAS. Comme ils varient d'une matière première à l'autre, ces facteurs se traduisent par différents niveaux de risque, tels qu'ils sont déterminés par la formule.

7.542. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial constate que les éléments de preuve présentés par les parties constituent une base raisonnable pour faire une distinction entre différentes matières premières pour biocarburants en fonction de leurs niveaux respectifs de risque de CIAS estimés d'après la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone.

#### *Le motif protectionniste allégué de la mesure*

7.543. Le Groupe spécial juge en outre pertinents pour la question de savoir si la distinction réglementaire en cause est légitime les arguments de la Malaisie concernant le motif protectionniste allégué de la mesure.[835] Selon la Malaisie, ce motif se reflète dans la conception et le fonctionnement de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, y compris la formule relative au risque élevé de CIAS; le fait que l'Union européenne a cherché dans le passé à limiter les importations de biocarburant dérivé de l'huile de palme, entre autres moyens, par des mesures de défense commerciale; l'historique législatif de la mesure et les intentions déclarées du Parlement européen.[836]

7.544. Le Groupe spécial observe que les arguments de la Malaisie concernant la conception de la mesure et en particulier la formule relative au risque élevé de CIAS sont traités dans l'ensemble de la présente section et des sections suivantes du présent rapport et qu'il n'est pas nécessaire de les répéter ici. S'agissant des arguments de la Malaisie concernant l'utilisation d'instruments de défense commerciale à l'égard des importations de biocarburant dérivé de huile de palme et l'historique législatif de la mesure, y compris les déclarations de membres du Parlement européen, le Groupe spécial les a traités dans le cadre de son examen de l'objectif de la mesure au titre de l'article 2.2. Il a conclu que les éléments de preuve présentés à ce sujet, considérés individuellement et collectivement, n'étayaient pas l'affirmation de la Malaisie selon laquelle la mesure avait un motif protectionniste. Pour les mêmes raisons, il ne considère pas que les éléments de preuve versés au dossier montrent que la distinction réglementaire en cause n'est pas légitime *a priori*.

#### *Conclusion sur la légitimité a priori de la distinction réglementaire fondée sur un risque élevé de CIAS*

7.545. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial ne souscrit pas à la position de la Malaisie selon laquelle, sur le plan conceptuel, une distinction réglementaire fondée sur le niveau de risque de CIAS d'une matière première ne peut pas être légitime *a priori*. Il a constaté que les éléments de preuve présentés par les parties constituent une base raisonnable pour recourir à la part de l'expansion d'une zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone en tant qu'indicateur du risque de CIAS associé à la production d'une matière première pour biocarburants particulière. Comme la mesure vise à estimer le niveau de risque de CIAS plutôt qu'à attribuer des quantités d'émissions de GES liées aux CIAS à des matières premières pour biocarburants spécifiques, il n'est pas nécessaire d'établir un lien de causalité direct entre la

[834] Voir Malaisie, première communication écrite, paragraphe 580. Le Groupe spécial note que la Malaisie s'appuie principalement sur les résultats des études de modélisation analysées dans le Rapport d'état et qu'il traite dans la présente section du rapport.
[835] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 584.
[836] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 584.

demande de biocarburants de l'UE, le déplacement de la production agricole non destinée aux biocarburants et les effets du changement d'affectation des sols qui en résultent. Le Groupe spécial constate donc que, sur le plan conceptuel, la distinction réglementaire fondée sur un niveau élevé de risque de CIAS est légitime *a priori*.

#### 7.1.2.4.5.3 Application de la distinction réglementaire en cause

7.546. Le Groupe spécial examine maintenant les arguments de la Malaisie, qui, à son avis, concernent la manière dont la distinction réglementaire en cause est appliquée dans la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Ces arguments sont axés sur certains aspects de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure qui pourraient avoir pour résultat que la distinction réglementaire fondée sur un risque élevé de CIAS n'est pas appliquée d'une manière impartiale ou qu'elle est appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable. Le Groupe spécial note que certains de ces arguments sont également avancés pour étayer l'affirmation de la Malaisie selon laquelle la distinction réglementaire en cause n'est pas légitime. Il rappelle toutefois qu'il n'est pas lié par la présentation des arguments par les parties et qu'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'organisation de son analyse.[837]

7.547. La Malaisie conteste un certain nombre d'hypothèses de la formule relative au risque élevé de CIAS, ainsi que les variables et les sources des données qui y sont incorporées.[838] Elle se réfère à cet égard aux sections factuelles de ses communications, dans lesquelles elle traite les fondements scientifiques de la mesure.[839] Elle fait aussi valoir que l'Union européenne n'a divulgué ni les calculs exacts ni les sources utilisés pour arriver aux valeurs qui, appliquées dans la formule, conduisent à déterminer que l'huile de palme est actuellement la seule matière première à risque élevé de CIAS.[840]

7.548. Le Groupe spécial convient avec la Malaisie que les sources de certaines hypothèses et valeurs incorporées dans la formule ne sont pas facilement repérables dans le Règlement délégué et son annexe, ainsi que d'autres documents pertinents pour l'adoption de la mesure.[841] Toutefois, en réponse à un certain nombre de ses questions, l'Union européenne indique les sources pertinentes et explique comment les données sont utilisées dans la formule.[842] Le Groupe spécial note que la Malaisie a eu la possibilité de formuler des observations sur ces réponses et qu'elle s'en est largement prévalue.

7.549. La Malaisie soulève un certain nombre de questions concernant la formule relative au risque élevé de CIAS et les données et hypothèses sous–jacentes. Plus spécifiquement, elle conteste l'utilisation d'une part relative, par opposition à une part absolue, de l'expansion d'une zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone pour estimer le risque de CIAS, ainsi que le fait de s'appuyer à cet égard sur des données historiques.[843] Elle conteste aussi le calcul de la part de l'expansion de l'huile de palme sur des terres forestières et des tourbières, ainsi que le facteur de productivité.[844] Enfin et surtout, elle conteste le calcul du seuil d'expansion importante.[845]

7.550. Le Groupe spécial traitera ces arguments plus en détail lorsqu'il examinera des aspects spécifiques de la formule relative au risque élevé de CIAS. À ce stade, il rappelle plus généralement

---

[837] Le Groupe spécial est aussi d'avis que la signification pratique d'une constatation établissant qu'un aspect particulier d'une mesure est incompatible avec l'article 2.1 serait la même, qu'elle soit considérée comme indiquant que la distinction réglementaire n'est pas légitime ou que cette distinction est appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable.

[838] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 575.

[839] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 575.

[840] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 575.

[841] Principalement dans le Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92); et le Rapport d'étude (2017) (pièce EU-28).

[842] Voir, par exemple, Union européenne, réponses aux questions n° 16, 23, 40 et 43 du Groupe spécial.

[843] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 442 à 452, et 581; et deuxième communication écrite, paragraphes 149 à 154.

[844] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 119; deuxième communication écrite, paragraphes 138 à 140, 173 et 174; et réponses aux questions du Groupe spécial n° 51, page 24 et n° 52, pages 25 à 28.

[845] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 442; et deuxième communication écrite, paragraphe 170.

que sa tâche en l'espèce n'est pas de tenter de résoudre des débats scientifiques sur la base des éléments de preuve présentés par les parties. Comme il est expliqué plus en détail plus haut, il doit plutôt déterminer si, compte tenu de la totalité des éléments de preuve, il existe une base raisonnable pour la distinction réglementaire et la manière dont elle est appliquée dans la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.[846] Il rappelle que rien dans l'Accord OTC n'empêche les Membres de l'OMC de réglementer des domaines pour lesquels les renseignements scientifiques ne sont pas aisément disponibles. En fait, l'article 2.2 reconnaît aux Membres le droit de traiter les risques réglementaires en prenant en considération, entre autres choses, "les données scientifiques et techniques *disponibles*".

7.551. Dans ce contexte, le Groupe spécial examine maintenant les aspects de la mesure qui, à son avis, sont pertinents pour la manière dont la distinction réglementaire a été appliquée. Il rappelle que l'élément central de la formule concerne la part de l'expansion d'une zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone, ajustée pour tenir compte de la productivité de la culture. Cette part est calculée comme étant la somme de la part de l'expansion sur des terres forestières et des zones humides.[847] On sait que les forêts et les zones humides, en particulier les tourbières, contiennent de grandes quantités de $CO^2$ qui sont libérées dans l'atmosphère lorsque les forêts et les zones humides sont défrichées.[848] Si la part totale de l'expansion dépasse 10%, la matière première est considérée comme une matière première pour biocarburants présentant un risque élevé de CIAS. À ce niveau très général de la formule, deux éléments ont donc une incidence sur le classement d'une matière première comme présentant un risque élevé de CIAS: la méthode et les données utilisées pour calculer la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone et le "seuil d'expansion importante" de 10%.

### *Part relative du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone*

7.552. Comme il est indiqué plus haut, pour estimer le niveau de risque de CIAS associé à la production d'une matière première particulière, la mesure utilise comme indicateur supplétif la part de l'expansion de la zone de production de la matière première sur des terres présentant un important stock de carbone. Comme la mesure s'appuie sur la *part* de l'expansion de la zone de production mondiale de matières premières, cet élément de la formule est exprimé en termes relatifs. Cela signifie que l'indicateur central du niveau de risque de CIAS n'est pas l'expansion absolue d'une zone de production de la culture, mais plutôt la partie de cette expansion qui a eu lieu sur des terres présentant un important stock de carbone, exprimée en points de pourcentage.

7.553. La Malaisie soutient que le recours à la part relative de l'expansion d'une zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone, plutôt qu'à l'expansion absolue de cette zone production, fausse l'analyse. Selon elle, cette méthode désavantage les biocarburants produits à partir de matières premières commercialisées plus récemment, telles que l'huile de palme, par rapport aux biocarburants produits à partir de cultures qui ont déjà atteint des niveaux importants de production mondiale.[849] Pour étayer cette affirmation, la Malaisie s'appuie sur un rapport d'expert qui suggère que la zone d'expansion absolue est un meilleur indicateur des effets environnementaux liés aux CIAS.[850] Selon ce rapport, pour les cultures dont la zone de production mondiale est importante, il est probable qu'une expansion même relativement faible de cette zone ait un impact substantiel sur l'environnement, y compris par le biais du changement d'affectation des sols.[851] La Malaisie donne l'exemple du soja, dont la zone de production a augmenté de 3 183,5 kha en termes absolus, soit 3,5 fois plus que le palmier à huile, alors que l'augmentation relative de la zone de production des deux cultures est respectivement de 3% et 4%.[852]

---

[846] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.627.
[847] Article 3 b) du Règlement délégué.
[848] Rapport du GIEC "Changement climatique et terres émergées" (pièces EU-225, MYS-89), page 20.
[849] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 581; et réponse à la question n° 47 du Groupe spécial, pages 19 et 20.
[850] Avis d'expert de M. Finkbeiner (pièce MYS-45), page 18. Le rapport indique, entre autres choses, que "pour les changements climatiques et l'incidence dans le monde réel, ce n'est pas l'effet relatif qui importe mais l'effet absolu, car la superficie absolue du changement d'affectation des sols est corrélée avec les émissions de GES associées".
[851] Avis d'expert de M. Finkbeiner (pièce MYS-45), page 18.
[852] Avis d'expert de M. Finkbeiner (pièce MYS-45), page 18.

7.554. L'Union européenne affirme que la mesure vise à rendre compte de l'incidence globale d'une plus grande stimulation de la demande du produit agricole en question, y compris l'expansion absolue et relative.[853] À son avis, l'expansion relative est pertinente car c'est un indicateur de la demande.[854] L'Union européenne explique que l'accent mis sur la part relative de l'expansion reflète l'objectif de la mesure qui consiste à faire face au risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées à chaque unité additionnelle de biocarburant produite.[855] Selon elle, le risque de CIAS associé à cette demande supplémentaire n'est donc pas fonction de l'expansion totale d'une culture, mais plutôt de la partie de cette expansion par unité de production supplémentaire de matières premières qui a lieu sur des terres présentant un important stock de carbone.[856]

7.555. Le Groupe spécial rappelle que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne vise pas à estimer les quantités d'émissions de GES résultant d'un changement d'affectation des sols, mais le risque de provoquer un CIAS en raison de l'accroissement de la demande d'une matière première pour biocarburants particulière. L'Union européenne a donc choisi de traiter les émissions de GES liées aux CIAS en identifiant les cultures dont il est le plus probable qu'elles s'étendent sur des terres présentant un important stock de carbone pour une unité additionnelle de biocarburant produite.

7.556. Étant donné que la consommation de chaque unité de biocarburant additionnel conduira à la production d'une unité additionnelle correspondante de matières premières (ajustée pour tenir compte de la productivité), identifier quelle culture présente un risque plus élevé d'entraîner un changement d'affectation des sols contribuera aussi à déterminer quelle culture entraînerait des superficies absolues plus importantes de changement d'affectation des sols *pour la même augmentation d'unités de biocarburant additionnel consommées*. Il en est ainsi quelle que soit la taille actuelle de la zone de production mondiale des matières premières. En s'appuyant sur la part "relative" de l'expansion, l'accent est mis sur la propension de la culture à s'étendre sur des terres présentant un important stock de carbone, ce qui correspond à la logique de l'approche adoptée dans la mesure. Il apparaît donc que l'argument de la Malaisie, et les conclusions du rapport d'expert sur lequel elle s'appuie, sont fondés sur une interprétation erronée du fonctionnement de la mesure. Par conséquent, le Groupe spécial observe que l'utilisation d'une part relative de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone est mieux adaptée pour refléter le risque de CIAS lié à une augmentation marginale de la production d'une culture donnée.

7.557. Le Groupe spécial observe en outre que la mesure tient compte de l'expansion absolue de la zone de production en prescrivant que l'expansion annuelle moyenne de la zone affecte plus de 100 000 hectares.[857] Par conséquent, la mesure fait en sorte que la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone soit prise en compte uniquement pour les matières premières présentant globalement une expansion importante de la zone de production. Le Groupe spécial note que, bien que la Malaisie considère ce seuil comme arbitraire, elle n'étaye pas cette affirmation.[858] Il n'est donc pas convaincu qu'il y ait quoi que ce soit d'arbitraire dans l'application de ce seuil minimum dans la mesure où il permet à la mesure de se concentrer sur les matières premières pour biocarburants les plus problématiques qui pourraient entraîner un changement d'affectation des sols. En résumé, les éléments de preuve présentés par les parties constituent une base raisonnable pour estimer le niveau de risque de CIAS sur la base de la part relative de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone.

#### *Recours aux données antérieures*

7.558. Dans la section précédente, le Groupe spécial a examiné deux éléments de la formule qui soumettent le classement de matières premières comme présentant un risque élevé de CIAS à des conditions. Le premier est le taux d'expansion annuel moyen d'une zone de production de matières premières, qui doit dépasser 1% et affecter plus de 100 000 hectares pour que la question de savoir si les matières premières peuvent être associées à un niveau de risque élevé de CIAS soit examinée.[859] Le second est la part de cette expansion sur des terres présentant un important stock

[853] Union européenne, réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphe 669.
[854] Union européenne, réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphes 671 et 672.
[855] Union européenne, réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphe 671.
[856] Union européenne, réponse à la question n° 122 du Groupe spécial, paragraphe 672.
[857] Article 3 a) du Règlement délégué.
[858] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 442.
[859] Article 3 a) du Règlement délégué.

de carbone, qui est l'indicateur supplétif du niveau de risque de CIAS.[860] Ces deux valeurs sont estimées pour une période de référence allant de 2008 à 2016.

7.559. La Malaisie critique le recours aux données se rapportant à cette période de référence et à des périodes antérieures, qu'elle qualifie d'"historiques". Elle fait valoir que le recours à ces données antérieures ne tient pas compte de tendances récentes et de faits nouveaux concernant la protection des terres forestières et des zones humides. Selon elle, ces faits nouveaux donnent à penser que la zone forestière de la Malaisie s'est récemment étendue.[861] La Malaisie ajoute que l'utilisation de données antérieures ne tient pas compte des efforts déployés par les pays producteurs d'huile de palme pour maîtriser l'expansion des plantations de palmiers à huile et réduire plus généralement les émissions de GES liées aux CAS.[862] À son avis, le choix d'une période de référence allant de 2008 à 2016 met l'accent sur le palmier à huile, qui s'est étendu plus rapidement pendant cette période, tout en faisant abstraction des taux d'expansion élevés de zones de production d'autres matières premières pour biocarburants enregistrés plus tôt dans le passé.[863]

7.560. L'Union européenne estime qu'il est raisonnable d'un point de vue réglementaire de faire des prévisions sur les évolutions futures en se fondant sur les tendances observées au cours d'une période récente.[864] Elle soutient qu'elle s'est appuyée sur les données disponibles au moment de l'élaboration du Règlement délégué et du Rapport d'état et que les dates butoirs ont été alignées sur l'introduction de la protection des terres présentant un important stock de carbone dans la Directive RED I et le dépôt de la proposition de la Commission européenne pour la Directive RED II.[865]

7.561. Le Groupe spécial prend note de l'explication de l'Union européenne selon laquelle le début de la période de référence correspond à l'introduction des critères de durabilité et de réduction des émissions de GES destinés à protéger les terres présentant un important stock de carbone.[866] Après l'entrée en vigueur de ces critères, qui sont axés sur les effets liés aux CDAS, la production issue de cultures sur des terres agricoles existantes devait entièrement répondre à la demande de biocarburants de l'UE.[867] Cela a alimenté les préoccupations concernant les CIAS et leur impact sur l'environnement.[868] Il n'apparaît pas que la Malaisie conteste cette raison pour laquelle l'année 2008 a été retenue comme début de la période de référence.

7.562. La Malaisie fait plutôt valoir que la période de référence a coïncidé avec l'expansion du palmier à huile, alors que d'autres cultures destinées à l'alimentation humaine et animale avaient atteint le pic de leur expansion plus tôt. Toutefois, elle ne fournit pas d'éléments de preuve concernant ces pics d'expansion. En particulier, elle ne fournit pas de données relatives à l'expansion de la zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone pour d'autres matières premières pour biocarburants, qui coïncide avec ces pics, ou n'indique pas si ces données sont disponibles. En conséquence, le Groupe spécial n'est pas en mesure d'évaluer si le recours aux données antérieures à 2008 conduirait à une classification à risque élevé de CIAS différente pour divers biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale. De plus, il considère que cet argument contredit la position de la Malaisie selon laquelle la période de référence devrait refléter les évolutions les plus récentes dont il est allégué qu'elles indiquent une baisse des taux de déforestation en Malaisie.[869] Il est d'avis que le recours à des données actualisées est d'une importance capitale pour évaluer avec exactitude les risques liés aux tendances actuelles et futures.

7.563. Cela amène le Groupe spécial à l'argument de la Malaisie selon lequel l'Union européenne n'a pas tenu compte des évolutions les plus récentes pertinentes pour estimer la part de l'expansion

[860] Article 3 b) du Règlement délégué.
[861] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 93 et 257.
[862] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 159.
[863] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 58; deuxième communication écrite, paragraphe 155.
[864] Union européenne, réponse à la question n° 33 du Groupe spécial, paragraphe 174.
[865] Union européenne, réponse à la question n° 58 du Groupe spécial, paragraphe 359.
[866] Le Rapport d'état indique que l'année 2008 a été retenue "afin de garantir la cohérence avec les dates butoirs pour la protection des terres présentant une grande biodiversité et des terres présentant un stock de carbone important, prévues par l'article 29 de la directive". (Rapport d'état (2019) (pièce EU-3), page 6).
[867] Directive CIAS (pièce MYS-168), page 2; et Rapport d'état (2019) (pièce EU-3), page 4.
[868] Directive CIAS (pièce MYS-168), considérant (5), page 2.
[869] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 58.

de la zone de production d'huile de palme sur des terres présentant un important stock de carbone et, par implication, le niveau de risque de CIAS. À cet égard, la Malaisie fait référence aux engagements internationaux et aux politiques internes visant à limiter la déforestation.[870] Le Groupe spécial reconnaît l'importance des efforts locaux visant à protéger l'environnement. Il note que les effets de ces politiques se refléteraient dans les données relatives à l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone. Cela soulève alors la question de savoir si l'Union européenne aurait dû s'appuyer sur des éléments de preuve plus récents en ce qui concerne les taux d'expansion des zones de production des matières premières pour biocarburants.

7.564. Le Groupe spécial note que le Règlement délégué et le Rapport d'état, qui contiennent les prescriptions, données et hypothèses pertinentes ayant abouti au classement de l'huile de palme comme seule matière première à risque élevé de CIAS, ont été adoptés au début de 2019. Par conséquent, s'agissant de l'adoption de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, il considère que sont pertinentes les données et les études scientifiques disponibles non seulement pendant la période 2008–2016, mais aussi après la date butoir de 2016 jusqu'à l'adoption du Règlement délégué.

7.565. En ce qui concerne cette dernière période, les parties produisent deux études analysant les taux de déforestation dans les pays producteurs d'huile de palme, ainsi que les Perspectives agricoles de la FAO 2020-2029, en tant qu'éléments de preuve.[871] Le Groupe spécial note que ces éléments de preuve ont trait aux taux de déforestation plus généralement et ne donnent pas de renseignements concernant l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, culture par culture. En conséquence, ces éléments de preuve ne permettent pas de faire une comparaison avec les données sur lesquelles l'Union européenne s'est appuyée. Ils ne corroborent donc pas l'affirmation de la Malaisie selon laquelle le taux d'expansion de l'huile de palme sur des terres présentant un important stock de carbone était plus faible que ne le laisserait supposer la mesure en cause.[872] Le Groupe spécial note en outre qu'une étude de 2021 présentée par l'Union européenne donne à penser que le taux d'expansion du palmier à huile sur des terres forestières en Indonésie n'a guère changé entre 2001 et 2019.[873] Par conséquent, il considère que les éléments de preuve présentés par les parties ne mettent pas en doute les données sur lesquelles l'Union européenne s'est appuyée pour la période de référence 2008–2016.

7.566. Toutefois, le Groupe spécial souligne l'importance de fonder la détermination du risque élevé de CIAS sur les données disponibles les plus récentes pour faire en sorte que l'application de la mesure dans sa conception actuelle soit équilibrée et cohérente. La part de l'expansion de la zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone est un élément central de la formule relative au risque élevé de CIAS et l'un des facteurs les plus importants qui peut influer sur le classement d'une matière première pour biocarburants comme

[870] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 277 à 294.

[871] M. Weisse and E.D. Goldman, "The World Lost a Belgium-sized Area of Primary Rainforests Last Year" (pièce IDN-25), "Oilseeds and oilseed products" OECD-FAO Agricultural Outlook 2021-2030 (agri-outlook.org), p. 7 (pièce EU-227); D.L.A. Gaveau et al., "Rise and fall of forest loss and industrial plantations in Borneo (2000-2017)", Conservation Letters, Vol. 12:3 (2018), 1 (pièce EU-254). L'analyse que fait le Groupe spécial de ces éléments de preuve se limite à la question de savoir s'ils étayent l'affirmation de la Malaisie concernant la non-prise en compte dans la mesure des taux de déforestation inférieurs allégués. Le Groupe spécial examinera les données utilisées pour calculer la part de l'expansion de la zone de production d'huile de palme sur des terres présentant un important stock de carbone dans la section suivante du présent rapport.

[872] Voir Union européenne, réponse à la question n° 50 du Groupe spécial, paragraphes 309 à 315.

[873] Une étude de 2021 présentée par l'Union européenne donne à penser que la part de l'expansion du palmier à huile sur les terres forestières en Indonésie a atteint un point culminant en 2016 et a commencé à ralentir en 2017-2019. Toutefois, elle conclut que la baisse de l'expansion des plantations de palmiers à huile en Indonésie n'était pas liée aux "moteurs habituels qui sont décrits pour les transitions forestières" et que "rien ne garanti[ssait] que les faibles niveaux de conversion observés en 2017-2019 se maintiendr[aient]". Gaveau D. &co., Slowing deforestation in Indonesia follows declining oil palm expansion and lower oil prices, Research Square, 15 January 2021 (pièce EU-157), page 8.) De plus, il semble qu'elle n'aborde pas l'expansion du palmier à huile sur les tourbières. Le Groupe spécial note que cette étude porte spécifiquement sur la situation de l'Indonésie. Il rappelle toutefois que la part de l'expansion d'une zone de production est déterminée pour les matières premières dans leur ensemble, quel que soit le lieu où l'expansion se produit. Il ne perdra pas de vue cette considération lorsqu'il analysera d'autres éléments de preuve concernant l'expansion du palmier à huile sur des terres présentant un important stock de carbone en Malaisie et/ou en Indonésie.

présentant un risque élevé de CIAS.[874] Le fonctionnement équilibré et cohérent de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS repose donc sur l'exactitude des données relatives à l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone. Cela est d'autant plus vrai que la mesure utilise des renseignements sur les tendances antérieures pour répondre à des préoccupations actuelles et futures. Ces tendances peuvent faire l'objet d'une évolution dynamique déterminée par les forces du marché et le cadre réglementaire, entre autres facteurs. Le Groupe spécial considère que les efforts de la Malaisie visant à limiter l'expansion des plantations de palmiers à huile, y compris sur des terres présentant un important stock de carbone, et la déforestation plus généralement sont particulièrement pertinents dans ce contexte. Il est donc de la plus haute importance que les données sous–jacentes, ainsi que les estimations et hypothèses connexes, soient régulièrement examinées pour tenir dûment compte des modifications dans les circonstances pertinentes.

7.567. Les examens réguliers, et les actualisations, des données sous–jacentes semblent également pertinents en raison du délai relativement court pour la mise en œuvre de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Pour rappel, la mesure vise à exclure la possibilité que les biocarburants produits à partir de matières premières à risque élevé de CIAS soient comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables au plus tard en 2030. Compte tenu de ce calendrier, une application impartiale de la mesure exigerait un examen régulier des données jusqu'à cette date et au–delà.[875]

7.568. De plus, le Groupe spécial note que l'examen des données relatives à l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone permet de tenir compte d'éventuels effets de substitution entre différentes matières premières pour biocarburants. À cet égard, il prend note de l'argument de la Malaisie selon lequel l'élimination progressive de l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants pourrait conduire à une substitution par des biocarburants produits à partir d'autres matières premières pour biocarburants.[876] La Malaisie estime que l'accroissement de la demande de ces matières premières, combiné aux taux de productivité plus faibles des cultures utilisées pour les produire, entraînera une plus grande expansion de la zone de production, réduisant ainsi l'efficacité de la mesure. Bien que les éléments de preuve présentés au Groupe spécial donnent à penser que le fait d'exclure la possibilité qu'un biocarburant particulier soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies peut conduire à une certaine substitution progressive par d'autres biocarburants admissibles, l'importance de ces effets de substitution est difficile à prédire.[877] S'il devaient se produire, ces effets pourraient bien propulser l'expansion de la zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone des matières premières qui bénéficieraient d'un déplacement de la demande au détriment de l'huile de palme, ce qui pourrait entraîner une augmentation de leur niveau de risque de CIAS. Comme la Malaisie l'a noté[878], un examen périodique des données relatives à la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone pourrait en principe rendre compte des effets de CAS d'un remplacement potentiel du biocarburant dérivé de l'huile de palme par d'autres biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale.

7.569. L'Union européenne elle–même souligne l'importance d'un examen régulier des renseignements disponibles en l'absence de données plus récentes et indique qu'un mécanisme pour un tel examen est prévu à l'article 7 du Règlement délégué.[879] Cette disposition prescrit à la

[874] Le Groupe spécial note qu'il est beaucoup moins probable que d'autres éléments de la formule relative au risque élevé de CIAS, tels que le facteur de productivité ou le seuil d'expansion importante, évoluent de manière significative dans un laps de temps relativement court.

[875] Dans le contexte de ses constatations au titre de l'article 2.4, le Groupe spécial a observé que cet article n'était "pas statique et qu'il exist[ait] une obligation permanente de réévaluer les règlements techniques compte tenu des normes internationales qui [étaient] adoptées ou révisées", et que, sur le plan du contexte, l'obligation énoncée à l'article 2.3 de l'Accord OTC étay[ait] cet avis (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.81). Le Groupe spécial considère que les mêmes considérations éclairent l'évaluation d'un règlement technique au titre de l'article 2.1.

[876] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 123; et réponse à la question n° 54 du Groupe spécial, pages 28 à 31.

[877] R. Delzeit, T. Heimann, F. Schünemann and M. Söder, "Who benefits really from phasing out palm oil-based biodiesel in the EU", Kiel Working Paper No. 2203, Kiel Institute for the World Economy, December 2021 (pièce IDN-2), page 11. Voir aussi plus haut la section concernant la substituabilité des biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja.

[878] Malaisie, réponse à la question n° 54 du Groupe spécial, pages 31 et 32.

[879] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 106; et deuxième communication écrite, paragraphe 36.

Commission européenne d'examiner "tous les aspects pertinents du rapport sur l'expansion des matières premières", y compris les données relatives à l'expansion des zones de production des matières premières et les critères de certification relatifs au faible risque de CIAS.[880] Elle apparaît donc comme revêtant une importance capitale pour faire en sorte que la formule relative au risque élevé de CIAS contienne les données disponibles les plus récentes.[881] La Malaisie ne conteste pas le champ d'application de cette disposition. Toutefois, elle affirme que l'examen prévu à l'article 7 n'a pas été mené et qu'il n'est pas certain qu'il serait effectué sur une base régulière.[882]

7.570. Conformément à l'article 7 du Règlement délégué, le premier examen des données relatives à l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone devait être achevé le 30 juin 2021 au plus tard. Il n'est pas contesté par les parties que cet examen n'avait pas eu lieu au moment où elles ont déposé leurs dernières communications de fond.[883] Cela signifie que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS fonctionnait en 2022, et probablement au–delà, sur la base de données couvrant la période 2008–2016 qui n'avaient pas été actualisées. Pendant cette période, il se pouvait que de nouvelles données soient devenues disponibles et qu'elles aient nécessité que des ajustements soient apportés au fonctionnement de la mesure et à son application à toute culture spécifique. Bien que l'Union européenne soutienne que le retard était dû à la pandémie de COVID–19, qui a touché de nombreux domaines d'activité de la Commission européenne, elle ne fournit aucun argument spécifique pour indiquer en quoi la pandémie a affecté la faisabilité de l'examen des données sous–tendant la détermination d'un risque élevé de CIAS.[884] Le Groupe spécial est conscient des difficultés que peut poser l'examen de renseignements scientifiques complexes, en particulier en période d'urgence sanitaire mondiale. Toutefois, une référence générale à la pandémie de COVID–19 est insuffisante pour justifier un retard dans l'examen de données qui est toujours en cours au moment de la rédaction du présent rapport. Cela est d'autant plus vrai que l'Union européenne elle–même a estimé que l'examen aurait pu et aurait dû être achevé le 30 juin 2021 au plus tard.[885]

7.571. Par conséquent, dans la mesure où l'examen des données utilisées comme base du classement d'une ou de matière(s) première(s) comme présentant un risque élevé de CIAS n'est pas effectué d'une manière régulière et en temps utile, la mesure ne peut pas être considérée comme étant appliquée d'une manière impartiale. La raison en est que la situation pertinente pour l'évaluation de la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone peut avoir changé depuis la détermination faite sur la base de la période de référence 2008–2016. Cette constatation du Groupe spécial ne devrait pas être interprétée comme exigeant que la mesure soit continuellement actualisée pour tenir compte de toutes nouvelles sources de données pertinentes qui deviennent disponibles et qui pourraient modifier l'exactitude de la mesure pour déterminer les risques élevés de CIAS et, par conséquent, son impartialité. C'est plutôt que la conception réglementaire de la mesure, qui repose fortement sur des données et hypothèses reflétant des événements passés pour faire face à des risques actuels et futurs, exige que l'Union européenne vérifie régulièrement et en temps utile si les données étayent la classification à risque élevé de CIAS. Enfin, le Groupe spécial note que bien que ses constatations concernant l'examen des données tiennent compte de faits nouveaux intervenus après son établissement, les deux parties, en particulier l'Union européenne, se sont appuyées sur ces faits nouveaux pour étayer leurs positions respectives.[886]

[880] Le texte intégral de l'article 7 du Règlement délégué est cité plus haut au paragraphe 2.55.

[881] Le Groupe spécial note que le cinquième alinéa de l'article 26.2 de la Directive RED II prévoit un examen des critères de certification relatifs au faible risque de CIAS et des critères servant à déterminer les matières premières présentant un risque élevé de CIAS. Toutefois, cet examen semble être de nature plus générale, tandis qu'il apparaît que l'examen au titre de l'article 7 du Règlement délégué porte sur l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, qui est au centre des arguments de l'Union européenne.

[882] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 184; réponse à la question n° 54 du Groupe spécial, paragraphe 31.

[883] Union européenne, réponse à la question n° 56 du Groupe spécial, paragraphe 348.

[884] Union européenne, réponse à la question n° 57 du Groupe spécial, paragraphe 352.

[885] Le Groupe spécial n'est pas convaincu par l'argument de l'Union européenne selon lequel la disposition prévoit un "délai indicatif", compte tenu de son libellé normatif. Union européenne, réponse à la question n° 56 du Groupe spécial, paragraphe 347.

[886] Voir plus haut la section 7.1.1, qui expose des considérations préliminaires. Le Groupe spécial note que l'Union européenne en particulier réaffirme à plusieurs reprises que la disposition relative à l'examen fait en sorte que les nouvelles données disponibles seront dûment prises en compte dans la formule relative au risque élevé de CIAS.

7.572. Par conséquent, le Groupe spécial constate que l'Union européenne a appliqué la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS d'une manière incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC en ne procédant pas à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants étaient à risque élevé de CIAS, car cela entraîne une discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent.

### *Calcul de la part du taux d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone*

7.573. Le Groupe spécial note en outre que la Malaisie avance des arguments pour contester certaines valeurs et hypothèses spécifiques utilisées pour calculer la part de l'expansion de la zone de production d'huile de palme sur des terres présentant un important stock de carbone, ainsi que leurs sources. Ces arguments concernent la méthode de calcul de la part de l'expansion sur des terres forestières et des tourbières, ainsi que le facteur de productivité.[887] Tous ces facteurs sont incorporés dans la formule relative au risque élevé de CIAS, telle qu'elle est décrite dans la partie descriptive du présent rapport. Plus spécifiquement, la part ajustée pour tenir compte de la productivité d'une expansion de la zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone reflète la propension des matières premières à provoquer des effets de CAS, y compris des CIAS. Comme il est indiqué plus haut, la formule considère que deux grands types de terres sont des terres présentant un important stock de carbone: les forêts et les zones humides, en particulier les tourbières. Par conséquent, la part d'une expansion de la zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone est la somme de l'expansion sur des terres forestières et des tourbières. De plus, pour tenir compte du volume particulièrement important de carbone contenu dans les tourbières, la formule applique un multiplicateur aux tourbières. La part d'une expansion de la zone de production de matières premières sur les tourbières est ainsi multipliée par 2,6 avant d'être additionnée à l'expansion sur des terres forestières. Enfin, la part globale de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone est ajustée pour tenir compte de la productivité de la culture, comme cela est expliqué plus en détail plus loin.

7.574. Dans la mesure où la Malaisie conteste les données qui servent de base au calcul de ces valeurs, le Groupe spécial rappelle la constatation qu'il a formulée plus haut concernant l'absence d'examen en temps utile des données relatives à la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, ce qui implique que les données en question pourraient avoir nécessité des révisions. Néanmoins, il considère que l'examen des arguments des parties concernant la nature de ces données et leur utilisation dans la formule relative au risque élevé de CIAS est approprié dans les circonstances du présent différend. L'évaluation de ces arguments est pertinente pour la question de savoir si la distinction réglementaire a été appliquée d'une manière impartiale et donc nécessaire pour aider l'ORD à formuler des recommandations et à statuer dans la présente procédure. Le Groupe spécial est aussi d'avis que ces constatations seront pertinentes pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD.

7.575. Commençant par le calcul de la part de l'expansion de la zone de production d'huile de palme sur les forêts et les tourbières, la Malaisie conteste la méthode suivie par l'Union européenne et les données sous–jacentes. Pour rappel, cette part a été estimée à 45% pour l'expansion sur les forêts et à 23% pour l'expansion sur les zones humides, y compris les tourbières.[888] Le Groupe spécial a examiné les arguments et éléments de preuve fournis par les parties en ce qui concerne cette critique, en particulier les données utilisées pour le calcul des valeurs respectives et leurs sources.[889]

[887] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 443 à 450; deuxième communication écrite, paragraphes 147 à 149 et 174; et réponses à la question n° 95 du Groupe spécial, pages 63 et 64.

[888] La part de l'expansion sur les tourbières est multipliée par 2,6 pour tenir compte de la teneur élevée en carbone de la tourbe, avant d'être additionnée à la part de l'expansion sur les terres forestières.

[889] Basiron, Y and Yew F.K., "Land use impacts of the livestock and oil palm industries", Journal of Oil Palm, Environment & Health 2015 (pièce MYS-163)); Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92); M. Weisse and E.D. Goldman, "The World Lost a Belgium-sized Area of Primary Rainforests Last Year" (pièce IDN-25); D.L.A. Gaveau et al., "Rise and fall of forest loss and industrial plantations in Borneo (2000-2017)", Conservation Letters, Vol. 12:3 (2018), 1 (pièce EU-254); White Paper Nr. 17 by J. Miettinen et al., "Historical Analysis and Projection of Oil Palm Plantation Expansion on Peatland in Southeast Asia" (International Council on Clean Transportation, 2012) (pièce EU-12); J. Miettinen, C. Shi, and S.C. Liew, "Land Cover Distribution in the Peatlands of Peninsular Malaysia, Sumatra, and Borneo in 2015 with Changes since 1990", Global Ecology and Conversation, Vol. 6 (2016), 67 (pièce EU-11); K.G. Austin et al., "Shifting patterns of palm oil driven

Il considère que les données utilisées par l'Union européenne proviennent de sources "compétentes et respectées", qui ont la "rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considéré[es] comme des données scientifiques dignes de foi". Les éléments de preuve versés au dossier ne montrent pas non plus que l'Union européenne a utilisé ces études et les données qu'elles contiennent d'une manière qui n'est pas "objective et cohérente".

7.576. En outre, la Malaisie conteste le calcul du facteur de productivité par l'Union européenne. La formule relative au risque élevé de CIAS contient un facteur de productivité dans le dénominateur afin d'ajuster la part de l'expansion d'une zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone pour tenir compte de la productivité de la culture utilisée comme matière première pour biocarburants. Le facteur de productivité reflète les différences dans la quantité d'énergie qui pourrait être obtenue d'une quantité donnée de matières premières et d'une zone de production. Cet ajustement permet d'effectuer une comparaison appropriée des parts de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone pour des cultures dont les niveaux de productivité sont différents. Sans cela, les cultures moins productives utilisées comme matières premières pour biocarburants pourraient être considérées comme présentant le même niveau de risque de CIAS que les cultures plus productives pour lesquelles la même part d'expansion a été calculée. Toutefois, ces cultures moins productives devraient s'étendre sur une plus grande superficie que les cultures plus productives pour produire la même unité additionnelle de biocarburant. Différents facteurs de productivité sont donc calculés pour chaque culture en ajustant les rendements moyens en fonction de la part respective de la superficie récoltée et du contenu énergétique du produit principal ainsi que des produits dérivés associés à la même culture.[890]

7.577. La Malaisie conteste essentiellement la méthode de l'Union européenne consistant à comparer les rendements de différentes cultures pour calculer leurs facteurs de productivité respectifs. Elle s'appuie sur les données comparant les rendements en huile des différentes cultures destinées à l'alimentation humaine et animale pour faire valoir que la productivité du palmier à huile est beaucoup plus élevée que ce que montre la formule relative au risque élevé de CIAS.[891]

7.578. L'Union européenne conteste les chiffres de la productivité présentés par la Malaisie car ils s'appuient uniquement sur les rendements en huile et laissent de côté d'autres coproduits et produits dérivés pertinents.[892] Elle soutient que la prise en compte des principaux produits et des produits dérivés exploités économiquement reflète le fait que la demande de certaines cultures est déterminée par tous les coproduits et non seulement par l'huile.[893] Elle explique cela en donnant l'exemple de la production de soja, dont la plus grande partie est déterminée par la demande de farine, et non d'huile de soja.[894]

7.579. Le Groupe spécial rappelle que l'incorporation du facteur de productivité dans la formule relative au risque élevé de CIAS vise à faire en sorte que la comparaison des parts de l'expansion de différentes cultures sur des terres présentant un important stock de carbone tienne compte du fait que certaines cultures ont des niveaux de productivité plus élevés que d'autres. Lorsque les cultures produisent plusieurs coproduits ou produits dérivés, cela exige que leur inclusion dans la

deforestation in Indonesia and implications for zero-deforestation commitments", Land Use Policy, Vol. 69 (2017), 416 (pièce EU-231); J. Xu et al., "PEATMAP: Refining estimates of global peatland distribution based on a meta-analysis", Catena, Vol. 160 (2018), 134 (pièce EU-123); Jukka Miettinen et al, From carbon sink to carbon source: extensive peat oxidation in insular Southeast Asia since 1990, Environ. Res. Lett., 12 024014, 2017 (pièce EU-251); Hooijer, A., Page, S., Jauhiainen, J., Lee, W. A., Lu, X. X., Idris, A., and Anshari, G.: Subsidence and carbon loss in drained tropical peatlands, Biogeosciences, 9, pp. 1053-1071 (pièce EU-250); Page, S. E., Morrison, R., Malins, C., Hooijer, A., Rieley, J. O., and Jauhiainen, J.: Review of peat surface greenhouse gas emissions from oil palm plantations in Southeast Asia (ICCT White Paper 15), International Council on Clean Transportation, Washington, 2011 (pièce EU-249); Couwenberg, J., Dommain, R. and Joosten, H., Global Change Biology (2009) Greenhouse gas fluxes from tropical peatlands in South East Asia. doi: 10.1111/j.1365-2486.2009.02016 (pièce EU-253); Vijay V., Pimm S.L., Jenkins C.N., Smith S.J., The Impacts of Oil Palm on Recent Deforestation and Biodiversity Loss, Plos One, 27 July 2016 (pièce MYS-104).

[890] Union européenne, réponse à la question n° 40 du Groupe spécial, paragraphes 246 à 256.

[891] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 83; et réponse à la question n° 41 du Groupe spécial, pages 15 et 16.

[892] Union européenne, réponse à la question n° 9 du Groupe spécial, paragraphe 19.

[893] Union européenne, réponse à la question n° 41 du Groupe spécial, paragraphes 284 et 285.

[894] Union européenne, réponse à la question n° 41 du Groupe spécial, paragraphes 284 et 285. L'Union européenne indique que l'huile de soja représente 40% de la valeur du soja.

détermination du contenu énergétique soit effectuée d'une manière cohérente pour toutes les cultures pertinentes.

7.580. Le Groupe spécial rappelle en outre que la formule relative au risque élevé de CIAS ne fait pas de distinction entre les moteurs de l'expansion. De ce fait, il est impossible d'identifier une part spécifique de l'expansion qui résulte de l'accroissement de la demande de biocarburants dans l'Union européenne. Ce paramètre de la formule s'applique plutôt à la culture dans son ensemble. Il semble donc raisonnable que le facteur d'ajustement de la productivité qui figure dans le dénominateur de la formule se rapporte aussi à la culture dans son ensemble. Cela est d'autant plus pertinent que l'expansion de certaines cultures destinées à l'alimentation humaine et animale est déterminée par la demande de coproduits autres que l'huile.

7.581. Prenant l'exemple du soja, le Groupe spécial note que la demande est principalement déterminée par la demande de farine de soja (environ 60%, selon l'Union européenne) et, dans une moindre mesure, par l'huile de soja (40%, selon l'Union européenne).[895] À son avis, la non–prise en compte de ce fait fausserait l'analyse en tenant compte de différents moteurs de la demande dans le numérateur de la formule relative au risque élevé de CIAS (la part mondiale de l'expansion de la zone de production d'une culture dans son ensemble) et le dénominateur de la formule (la productivité mesurée uniquement en rendement en huile). Le Groupe spécial juge donc dénuée de pertinence la position de la Malaisie selon laquelle l'huile de palme aurait dû se voir attribuer un facteur de productivité beaucoup plus élevé sur la base de la comparaison des rendements en huile des différentes cultures. Par conséquent, les éléments de preuve présentés par les parties constituent une base raisonnable permettant à l'Union européenne de prendre en compte tous les coproduits et produits dérivés pertinents dans la détermination du facteur de productivité.

7.582. Compte tenu de ce qui précède, et gardant à l'esprit sa conclusion concernant l'absence d'examen des données en temps utile, le Groupe spécial constate que les éléments de preuve présentés par les parties constituent une base raisonnable pour la méthode suivie par l'Union européenne qui consiste à calculer la part de l'expansion de la zone de production de matières premières sur des terres présentant un important stock de carbone, y compris les parts de l'expansion sur des terres forestières et des zones humides, le multiplicateur appliqué aux tourbières et le facteur de productivité. Il note en outre que même s'il devait accepter certaines ou bon nombre des valeurs de rechange proposées par la Malaisie, le résultat de l'application de la mesure resterait le même, à savoir que l'huile de palme serait la seule matière première pour biocarburants classée comme présentant un risque élevé de CIAS.

#### *Seuil de la part de l'expansion importante*

7.583. Conformément à l'article 3 du Règlement délégué, une matière première pour biocarburants est considérée comme présentant un risque élevé de CIAS si sa part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, ajustée pour tenir compte de la productivité, dépasse 10%.[896] Cette valeur de 10% a été calculée en suivant plusieurs étapes qui, à elles seules, pourraient constituer une formule distincte. Ces étapes consistent essentiellement à comparer les réductions d'émissions de carbone dues au remplacement des combustibles fossiles par des biocarburants, le contenu énergétique des matières premières et la perte moyenne de stock de carbone due à un changement d'affectation des sols.[897] La valeur d'environ 14% qui en résulte indique la part estimée d'une expansion de la zone de production de matières premières pour biocarburants sur des terres présentant un important stock de carbone à laquelle les émissions liées aux CAS annuleront les réductions de GES résultant directement du remplacement des combustibles fossiles.[898] Un facteur d'actualisation de 30% est ensuite appliqué à ce chiffre de 14%, sur la base du principe de précaution, "pour garantir que les biocarburants permettent des réductions nettes d'émissions de GES importantes et que la perte de biodiversité associée au changement d'affectation des sols soit réduite au minimum".[899] L'application du seuil d'expansion importante vise donc à faire en sorte que

[895] Union européenne, réponse à la question n° 41 du Groupe spécial, paragraphe 285. Ces valeurs approximatives fournies par l'Union européenne ne sont pas contestées en tant que telles par la Malaisie.

[896] Article 3 b) du Règlement délégué.

[897] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 14. Union européenne, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphes 293 à 297.

[898] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 14. Union européenne, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 293.

[899] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 13. Union européenne, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphe 293.

les réductions d'émissions de GES permises par le remplacement de carburants fossiles par des biocarburants ne soient pas annulées par les émissions de GES liées aux CIAS.

7.584. La Malaisie conteste la méthode servant au calcul du seuil d'expansion importante.[900] Dans ses communications, l'Union européenne explique en détail la méthode qu'elle a suivie pour arriver au seuil d'expansion importante.[901] Elle indique à cet égard qu'elle a formulé des hypothèses prudentes, qui pourraient sous–estimer la valeur de la perte nette de carbone pour le palmier à huile.[902]

7.585. Le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve présentés par les parties en ce qui concerne le calcul du seuil d'expansion importante, y compris les données sources disponibles, les hypothèses et la méthode.[903] À son avis, ces éléments de preuve constituent une base raisonnable pour arriver à la valeur de seuil de 14%, au–delà de laquelle il est probable que la perte moyenne de stock de carbone due à l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone annule toute réduction d'émissions résultant du remplacement de carburants fossiles par des biocarburants. En particulier, le Groupe spécial note que les éléments de preuve et arguments avancés par la Malaisie ne remettent pas en cause le calcul de l'Union européenne ou les données et hypothèses sous–jacentes.

7.586. S'agissant du facteur d'actualisation de 30%, le Groupe spécial note qu'il a pour but de faire en sorte que l'utilisation de biocarburants donne lieu à des réductions d'émissions de GES importantes qui ne sont pas annulées par les émissions de GES liées aux CIAS associées à la demande de biocarburants de l'UE. Il est conscient qu'étant donné la complexité d'estimer le seuil d'expansion importante et le manque de données aisément disponibles pour certains de ses éléments, la valeur de 14% est une estimation. Il comprend qu'à la lumière de ces incertitudes, l'Union européenne ait choisi de pécher par excès de prudence et d'appliquer le facteur d'actualisation de 30% pour faire en sorte que la mesure soit efficace pour atteindre son objectif. Il note à cet égard que rien dans l'Accord OTC n'empêche les Membres de l'OMC de se protéger contre les risques réglementaires au niveau qu'ils considèrent approprié. L'Accord OTC reconnaît ce droit aux Membres de l'OMC dans son préambule:

> [R]ien 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*.[904]

7.587. Le Groupe spécial note en outre que les efforts déployés l'Union européenne pour faire en sorte que l'utilisation de biocarburants donne lieu à des réductions d'émissions de GES importantes qui ne sont pas annulées par les émissions de GES liées aux CIAS associées à la demande de biocarburants de l'UE sont un corollaire de l'objectif de la mesure qui consiste à "limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale".

---

[900] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 442.

[901] Union européenne, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphes 293 à 297.

[902] Union européenne, réponse à la question n° 10 du Groupe spécial, paragraphe 23.

[903] Union européenne, réponse à la question n° 43 du Groupe spécial, paragraphes 293 à 297. Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), pages 13 et 14; Gaveau, D.L.A., Sheil, D., Husnayaen, Salim, M.A., Arjasakusuma, S., Ancrenaz, M., Pacheco, P., Meijaard, E., 2016. Rapid conversions and avoided deforestation: examining four decades of industrial plantation expansion in Borneo. Nature – Scientific Reports 6, 32017 (pièce EU-232); N. Khasanah et al., "Aboveground carbon stocks in oil palm plantations and the threshold for carbon-neutral vegetation conversion on mineral soils", Cogent Environmental Science, Vol. 1:1 (2015), 1 (pièce EU-221); White Paper Nr. 17 by J. Miettinen et al., "Historical Analysis and Projection of Oil Palm Plantation Expansion on Peatland in Southeast Asia" (International Council on Clean Transportation, 2012) (pièce EU-12); K.G. Austin et al., "Shifting patterns of palm oil driven deforestation in Indonesia and implications for zero-deforestation commitments", Land Use Policy, Vol. 69 (2017), 416 (pièce EU-231); IPCC, Refinement to the 2006 IPCC Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories (2019), Volume 1: General Guidance and Reporting, Chapter 8. Reporting Guidance and Tables, considered in May 2019 during the IPCC's 49th Session and adopted/accepted on 12 May 2019 (pièce IDN-20); and Guillaume, T., Kotowska, M.M., Hertel, D. et al. Carbon costs and benefits of Indonesian rainforest conversion to plantations. Nat Commun 9, 2388 (2018) (pièce EU-222).

[904] Considérant 6 du préambule de l'Accord OTC. (pas de mise en relief dans l'original)

7.588. Le Groupe spécial ne voit donc rien dans l'application du facteur d'actualisation de 30% qui entraînerait une discrimination arbitraire ou injustifiable ou qui aurait par ailleurs pour résultat que la mesure n'est pas appliquée d'une manière impartiale. Plus spécifiquement, il observe plutôt que l'application de ce facteur augmente la probabilité que d'autres matières premières pour biocarburants dépassent le seuil d'expansion importante, si la part de l'expansion de leur zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone devait augmenter à l'avenir.[905] Il rappelle à cet égard que la formule relative au risque élevé de CIAS estime la part de l'expansion de l'huile de palme sur des terres présentant un important stock de carbone, ajustée pour tenir compte de la productivité, à 41,92%. Par conséquent et en tout état de cause, l'application du facteur d'actualisation de 30% n'a pas d'incidence sur le classement de l'huile de palme en tant que matière première présentant un risque élevé de CIAS.

7.589. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial considère que les éléments de preuve présentés par les parties constituent une base raisonnable pour l'application du seuil d'expansion importante de 10%, y compris le facteur d'actualisation de 30%.

### *Critères relatifs au faible risque de CIAS*

7.590. Comme il est indiqué plus haut, l'article 26.2 de la Directive RED II contient une exemption de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS pour les lots individuels de biocarburants certifiés comme présentant un faible risque de CIAS. Dans la mesure où cette exemption atténue l'incidence préjudiciable de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme, elle est pertinente pour l'évaluation par le Groupe spécial de la question de savoir si la distinction réglementaire en cause est appliquée d'une manière impartiale. Cela est compatible avec l'approche du Groupe spécial exposée dans la section des considérations préliminaires du présent rapport au sujet de la relation entre la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, selon laquelle la possibilité de certification relative au faible risque de CIAS est pertinente pour l'évaluation du point de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est compatible avec l'article 2.1.

7.591. Gardant ces considérations à l'esprit, le Groupe spécial évaluera maintenant si les aspects des critères de certification relatifs au faible risque de CIAS critiqués par la Malaisie indiquent que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS n'est pas appliquée d'une manière impartiale.

#### Aperçu des critères relatifs au faible risque de CIAS

7.592. Comme Il est expliqué plus haut, les critères relatifs au faible risque de CIAS sont établis dans deux ensembles de prescriptions.[906]

7.593. Tout d'abord, afin de remplir les conditions requises pour bénéficier d'une certification relative au faible risque de CIAS, le biocarburant doit respecter les critères de durabilité et de réduction des émissions de GES et être produit à partir de "matières premières supplémentaires".[907] Les "matières premières supplémentaires" désignent la quantité supplémentaire de matières premières produites par les cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale dans une zone clairement délimitée par rapport au rendement dynamique de référence et qui résulte directement de l'application de ce qu'il est convenu d'appeler une "mesure d'additionnalité".[908] Cela signifie que

[905] Le Groupe spécial note que la part de l'expansion de la zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone des trois matières premières pour biocarburants dont le niveau estimé de risque de CIAS est le plus élevé est actuellement de 8% (soja), 5% (canne à sucre) et 4% (maïs). Annexe du Règlement délégué.

[906] Articles 4 et 5 du Règlement délégué. Pour de plus amples détails et les textes de ces dispositions, voir la partie descriptive du présent rapport.

[907] Article 5 du Règlement délégué. L'alinéa c) dispose également que les éléments de preuve qui distinguent les matières premières supplémentaires doivent être dûment recueillis et documentés.

[908] Article 2.6 du Règlement délégué. Le Règlement délégué définit en outre les "mesure d'additionnalité" comme suit: "toute amélioration des pratiques agricoles conduisant, de manière durable, à une augmentation du rendement des cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale sur des terres déjà exploitées à cette fin; et toute mesure permettant de cultiver des cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale sur des terres inexploitées, y compris des terres abandonnées, pour la production de biocarburants, de bioliquides et de combustibles issus de la biomasse". Article 2.5 du Règlement délégué.

seuls les rendements obtenus grâce à une amélioration de la productivité qui dépassent les augmentations qui seraient déjà réalisées dans un scénario de statu quo sont admissibles au bénéfice d'une certification relative au faible risque de CIAS.[909]

7.594. Deuxièmement, les rendements supplémentaires présentés en vue d'une certification relative au faible risque de CIAS devraient en outre avoir été obtenus au moyen d'une catégorie limitée de mesures "en tant que garantie supplémentaire des effets positifs de la certification du risque CIAS faible".[910] Ces catégories de mesures sont énoncées à l'article 5 a) du Règlement délégué:

> i. elles deviennent financièrement attrayantes ou ne rencontrent aucun obstacle empêchant leur mise en œuvre du seul fait que les biocarburants produits à partir des matières premières supplémentaires peuvent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables (les parties appellent ce critère l'"additionnalité financière");
>
> ii. elles permettent de cultiver des cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale sur des terres abandonnées ou des terres sévèrement dégradées; ou
>
> iii. elles sont appliquées par des petits exploitants.

7.595. Le Règlement délégué dispose en outre que les matières premières supplémentaires peuvent uniquement être certifiées comme présentant un faible risque de CIAS dans les 10 ans suivant l'adoption de la mesure d'additionnalité.

7.596. Le Groupe spécial rappelle que dans le contexte de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.1, sa tâche est d'évaluer si un aspect quelconque des critères relatifs au faible risque de CIAS a pour résultat que la distinction réglementaire fondée sur un risque élevé de CIAS n'est pas appliquée d'une manière impartiale. L'inapplicabilité alléguée des critères relatifs au faible risque de CIAS pourrait donner une telle indication si elle entraînait une discrimination du biocarburant dérivé de l'huile de palme qui ne pourrait pas être expliquée par l'objectif de la mesure.

7.597. Le Groupe spécial note que la Malaisie fait une affirmation générale selon laquelle les critères relatifs au faible risque de CIAS sont inapplicables et d'une complexité prohibitive.[911] À cet égard, elle fait valoir ce qui suit: a) il n'y a pas de règles détaillées concernant les critères et le processus, ce qui empêche d'obtenir une certification[912]; b) le fait de limiter la certification relative au faible risque de CIAS aux "matières premières supplémentaires" désavantage les cultures à fort rendement et il est difficile de faire une estimation pour les cultures pérennes[913] et la quantité de matières premières supplémentaires provenant d'une augmentation du rendement est incertaine et difficile à prévoir en raison de divers facteurs, y compris la météo[914]; c) il est improbable que la filière de l'"additionnalité financière" attire les investissements des agriculteurs en raison des difficultés à démontrer qu'il n'y a pas de raisons commerciales d'entreprendre des mesures d'amélioration de la productivité autres que les perspectives de vendre le produit en tant que matière première pour biocarburants sur le marché de l'UE, ainsi que de l'incertitude de ces perspectives[915]; d) les notions de terres abandonnées et sévèrement dégradées ne sont pas clairement définies dans le Règlement délégué et semblent trop restrictives[916]; e) la catégorie des petits exploitants est définie de manière trop étroite et impose d'importantes prescriptions en matière de preuve[917]; et f) d'autres prescriptions en matière de preuve sont indûment contraignantes, en particulier le fait de limiter la

[909] Considérant 13 du Règlement délégué. Voir aussi le considérant 81, paragraphe 2, de la Directive RED II.
[910] Considérant 14 du Règlement délégué.
[911] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 460 et 568.
[912] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 771; et réponse à la question n° 64 du Groupe spécial, paragraphe 40.
[913] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 471 à 473.
[914] Malaisie, réponse à la question n° 61 du Groupe spécial, pages 36 et 37.
[915] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 467 et 767; et deuxième communication écrite, paragraphe 178.
[916] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 768; et deuxième communication écrite, paragraphe 179.
[917] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 769 et 770.

possibilité d'obtenir une certification relative au faible risque de CIAS à 10 ans à compter de l'adoption de la mesure d'additionnalité pour les cultures pérennes.[918]

7.598. L'Union européenne conteste que la certification relative au faible risque de CIAS soit inapplicable et affirme que les prescriptions du mécanisme sont formulées en termes neutres et s'appliquent à toutes les matières premières.[919] À cet égard, elle fait valoir ce qui suit: a) en ce qui concerne l'absence alléguée de détails suffisants dans les critères de certification, la certification n'est pas nécessaire avant l'entrée en vigueur de l'aspect élimination progressive de la mesure en 2023[920]; et, en tout état de cause, les règles détaillées régissant l'application des filières d'additionnalité seront énoncées dans un règlement d'application qui sera adopté prochainement et cette certification est déjà possible par le biais de systèmes volontaires[921]; b) la notion d'"additionnalité", telle qu'elle est utilisée dans le Règlement délégué, est conçue pour éviter d'exacerber les taux existants de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone qui est liée à des effets de déplacement[922]; c) la filière de l'"additionnalité financière" fait également en sorte que les mesures prises par les agriculteurs ou les producteurs aillent au–delà du scénario de statu quo, en excluant celles qui sont suffisamment attrayantes sur le plan financier et qui auraient été mises en œuvre indépendamment du système de certification relative au faible risque de CIAS[923]; d) il n'a pas été démontré que le coût de la conversion des terres abandonnées ou sévèrement dégradées serait prohibitif[924]; e) l'expression "petit exploitant" était définie dans la législation par référence aux caractéristiques des agriculteurs produisant tous les types de matières premières et pas seulement de l'huile de palme[925]; et f) la période d'admissibilité de 10 ans a été choisie au motif que les critères s'appliqueraient à toute culture pérenne ou annuelle et n'a pas été conçue spécifiquement pour le cycle de vie du palmier à huile[926], et, en tout état de cause, cette période est suffisamment longue pour que les avantages des mesures d'additionnalité se matérialisent, y compris pour les cultures qui peuvent prendre quelques années avant de devenir productives ou d'atteindre leur pic de productivité.[927] Le Groupe spécial examinera ces arguments l'un après l'autre.

### Prescription relative à l'additionnalité et prescriptions connexes en matière de preuve

7.599. La notion d'additionnalité, tel qu'elle est utilisée dans les critères relatifs au faible risque de CIAS, repose sur le principe qu'étant donné que la demande de produits alimentaires ne diminue pas, toute demande supplémentaire de matières premières pour biocarburants crée le risque de déplacer une production agricole non destinée aux biocarburants. Cela est dû au fait que la production de produits alimentaires et la production de matières premières pour biocarburants sont en concurrence pour les terres agricoles, dont la disponibilité est limitée. Le Rapport d'état explique ce qui suit à cet égard:

> La production de biocarburants à partir de … matières premières supplémentaires ne provoquera pas de changements indirects dans l'affectation des sols car elles ne sont pas en concurrence avec la production destinée à l'alimentation humaine et animale, et les effets de déplacements sont évités.
>
> …

[918] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 767 à 770.
[919] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 153.
[920] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 154; et réponse à la question n° 92 du Groupe spécial, paragraphe 482.
[921] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 154, 841 et 1072; et réponses aux questions du Groupe spécial n° 61, paragraphes 393 et 394, n° 62, paragraphes 396 et 397, et n° 63, paragraphes 398 à 407.
[922] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 142.
[923] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 155.
[924] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 156.
[925] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 157. L'Union européenne ajoute que les petits exploitants ont l'option d'obtenir une certification de groupe et que le critère d'additionnalité financière ne s'applique pas à eux en raison de leur profil économique.
[926] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 149.
[927] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 149 et 150.

> Cependant, les augmentations moyennes de productivité ne sont pas encore suffisantes pour éviter tous les risques des effets de déplacement, car la productivité agricole s'améliore constamment alors que la notion d'additionnalité, qui se trouve au cœur de la certification pour un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols, nécessite de prendre des mesures qui vont plus loin que le scénario de référence.[928]

7.600. Il s'ensuit que même une amélioration ordinaire de la productivité dans le cadre du scénario de statu quo ne garantit pas que les effets de déplacement liés à l'accroissement de la demande de biocarburants peuvent être évités. Il observe que la notion d'additionnalité est donc rationnellement liée à l'objectif de la mesure qui consiste à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale.

7.601. La Malaisie signale des difficultés dans les prescriptions en matière de tenue de registres concernant le rendement moyen pendant les trois années précédant l'adoption de la mesure d'additionnalité.[929] L'Union européenne fait observer que la Malaisie n'a pas montré que les règles établissaient des "charges insurmontables" pour les agriculteurs ou étaient d'une complexité prohibitive.[930]

7.602. Le Groupe spécial note que l'article 4.2 du Règlement délégué contient une prescription générale qui impose de présenter des éléments de preuve concernant le rendement moyen au cours des trois années précédant l'application de la mesure d'additionnalité. Cette prescription correspond à la méthode de calcul du rendement dynamique de référence qui concerne les trois années précédant immédiatement l'application de la mesure d'additionnalité.[931]10 Par conséquent, comme la notion d'additionnalité telle qu'elle figure dans la conception des critères relatifs au faible risque de CIAS n'entraîne pas de discrimination arbitraire ou injustifiable, alors il en va de même pour la prescription énoncée à l'article 4.2.

7.603. Le Groupe spécial note toutefois que certains éléments du critère d'additionnalité restent vagues et ambigus à tel point qu'il a des doutes sérieux quant à la faisabilité d'une certification relative au faible risque de CIAS dans ces conditions. Plus spécifiquement, le Règlement délégué n'indique pas clairement comment certains éléments fondamentaux pour déterminer le rendement dynamique de référence devraient être établis pour différentes matières premières, y compris l'huile de palme. En particulier, on ne voit pas bien comment l'augmentation de rendement moyenne ou les courbes de rendement sur la durée de vie devraient être déterminées. Considérant que la notion de rendement dynamique de référence est essentielle pour déterminer les matières premières supplémentaires qui peuvent être certifiées comme présentant un faible risque de CIAS, il apparaîtrait qu'aucune culture ne peut être certifiée sans clarifier davantage ces notions et éventuellement d'autres notions connexes, ainsi que la méthode spécifique utilisée pour les quantifier.

7.604. De plus, on ne voit pas très bien quel type d'élément de preuve serait requis pour démontrer le rendement moyen au cours de la période de trois ans précédant l'application de la mesure d'additionnalité. Le Groupe spécial note que l'Union européenne reconnaît que des règles détaillées sur le critère d'additionnalité et les prescriptions en matière de preuve sont précisées dans un acte d'exécution.[932] À son avis, cela confirme que le critère d'additionnalité et les prescriptions en matière de preuve, tels qu'ils figurent dans le Règlement délégué, sont trop vagues et ambigus, ainsi qu'incomplets.[933]

---

[928] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 16.
[929] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 770.
[930] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 153 et 154.
[931] Article 2.7 du Règlement délégué.
[932] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 154.
[933] La Malaisie n'a présenté aucun argument sur la compatibilité quant au fond de ces règles détaillées avec l'Accord OTC ou le GATT de 1994. En l'absence de tels arguments et compte tenu du fait que la mesure n'existait pas au moment de l'établissement du Groupe spécial, aucune des constatations formulées par le Groupe spécial dans le présent rapport ne devrait être interprétée comme impliquant un quelconque avis sur la compatibilité quant au fond de ces règles détaillées avec les obligations de l'Union européenne au titre de l'Accord OTC ou du GATT de 1994.

### Filière de l'additionnalité financière

7.605. Le Groupe spécial examine maintenant la première des trois filières d'additionnalité qui peuvent être utilisées pour obtenir les matières premières supplémentaires admissibles au bénéfice de la certification relative au faible risque de CIAS, que les parties appellent "additionnalité financière".

7.606. La filière de l'additionnalité financière prescrit que les mesures d'amélioration de la productivité admissibles au bénéfice de la certification relative au faible risque de CIAS n'auraient pas été prises dans un scénario de statu quo si ce n'était de l'incitation financière liée à la perspective de vendre les matières premières sur le marché des biocarburants de l'UE.[934] Cela suppose l'existence d'une prime aux cultures vendues sur le marché de l'UE comme matières premières certifiées comme présentant un faible risque de CIAS, par rapport à ces mêmes cultures vendues, par exemple, comme produits alimentaires.[935] Cette prime est censée rendre rentables des mesures d'amélioration de la productivité qui, sans cela, ne sont pas financièrement attrayantes ou qui présentent des obstacles importants de nature non financière (par exemple, le manque de compétences ou de technologies). La justification de cette approche repose sur le principe que si ces mesures étaient financièrement attrayantes indépendamment de l'utilisation du produit, alors la demande de produits alimentaires et la demande de biocarburants seraient en concurrence pour le rendement supplémentaire et les effets de déplacement ne pourraient pas être évités.

7.607. Le Groupe spécial note que la Malaisie considère que l'existence d'une quelconque prime aux cultures utilisées comme matière première pour biocarburants est incertaine et dépend exclusivement de l'accès au marché des biocarburants de l'UE.[936] D'ailleurs, il n'est pas tout à fait clair que cette prime pourrait être garantie sur le marché d'un produit agricole, y compris utilisé comme matière première pour biocarburants. Comme la Malaisie le signale, et les éléments de preuve le corroborent, le prix des matières premières peut varier d'une année à l'autre en raison d'événements météorologiques ou de fluctuations du marché.[937] En conséquence, les agriculteurs, dont les marges opérationnelles sont souvent faibles, pourraient refuser de courir le risque financier lié à un investissement dans des mesures d'additionnalité si le retour sur cet investissement n'est pas suffisamment certain.[938] Les éléments de preuve confirment donc que le critère d'additionnalité financière est défini de façon étroite et, de ce fait, qu'il peut être très difficile à satisfaire.

7.608. Toutefois, le champ étroit d'une exemption ne suffit pas à lui seul pour démontrer une discrimination arbitraire ou injustifiable ou, plus généralement, que la mesure n'est pas appliquée d'une manière impartiale. S'il est admis que la production d'une matière première pour biocarburants peut entraîner des effets de déplacement dans la mesure où elle est en concurrence avec la production destinée à l'alimentation humaine et animale, et compte tenu du fait que la demande mondiale de produits destinés à l'alimentation humaine et animale ne diminue pas, alors le risque de CIAS ne semble pas être atténué, même en ce qui concerne le rendement supplémentaire, si ce rendement n'a pas été produit uniquement pour bénéficier de la prime liée à sa vente sur le marché des biocarburants de l'UE. En d'autres termes, les critères relatifs au faible risque de CIAS exigent qu'il y ait un lien entre le rendement supplémentaire et la prime sur le marché des biocarburants de l'UE, ce qui dans le cas de l'additionnalité financière est assuré par la prime aux matières premières pour biocarburants. En résumé, le Groupe spécial constate qu'il y a une base raisonnable permettant à l'Union européenne de s'appuyer sur la notion d'additionnalité financière dans les critères relatifs au faible risque de CIAS.

7.609. Le Groupe spécial note toutefois que certains aspects de cette filière sont trop vagues et ambigus, à tel point qu'il doute sérieusement que la filière de l'additionnalité financière, telle qu'elle figure dans le Règlement délégué, puisse effectivement être utilisée aux fins de la certification relative au faible risque de CIAS. Le Règlement délégué n'indique pas clairement comment les autorités compétentes appliqueront le critère de l'attractivité financière et évalueront les obstacles non financiers. La base même servant à déterminer que la mesure d'additionnalité satisfait aux

[934] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), pages 16 et 17.
[935] Union européenne, observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 61 du Groupe spécial, paragraphe 120.
[936] Malaisie, réponse à la question n° 61 du Groupe spécial, pages 36 et 40.
[937] Low ILUC-risk certification: Pilot report and recommendations Malaysia, Oil palm yield increase, February 2021 (pièce MYS-233), pages 4 à 6.
[938] Low ILUC-risk certification: Pilot report and recommendations Malaysia, Oil palm yield increase, February 2021 (pièce MYS-233), page 11.

prescriptions relatives à l'additionnalité financière n'est donc pas claire. L'Union européenne reconnaît également que "les prescriptions en matière de preuve pour [les critères de l'attractivité financière et de l'analyse des obstacles] restent ouvertes dans le Règlement délégué et seront davantage développées dans le règlement d'application".[939] De l'avis du Groupe spécial, cela jette de sérieux doutes sur la faisabilité d'utiliser cette filière pour certifier qu'un biocarburant présente un faible risque de CIAS (et à supposer que le critère d'additionnalité était opérationnel pour commencer), comme cela est reflété dans le Règlement délégué.

**Filière des terres abandonnées ou sévèrement dégradées**

7.610. Conformément à l'article 5.1 a) ii) du Règlement délégué, un lot de biocarburant peut être certifié comme présentant un faible risque de CIAS si les matières premières supplémentaires ont été cultivées sur des terres abandonnées ou sévèrement dégradées. Comme il est indiqué dans le Rapport d'état en ce qui concerne les projets qui utilisent ces terres, "l'additionnalité peut être présumée … car dans ce cas, la situation des terres en question reflète déjà l'existence de barrières qui empêchent leur mise en culture".[940]

7.611. La raison d'être fondamentale de la filière des terres abandonnées ou sévèrement dégradées est donc semblable à celle de la filière de l'additionnalité financière et des considérations semblables s'appliquent *mutatis mutandis*. Plus spécifiquement, les cultures sur ces types de terres présentent des obstacles de nature financière et non financière qui empêchent les agriculteurs d'utiliser ces terres pour la production de cultures selon le scénario de statu quo. Une prime liée à la vente de cultures en tant que matières premières pour biocarburants sur le marché de l'UE pourrait toutefois constituer une incitation additionnelle qui compenserait le coût de la conversion de terres abandonnées ou sévèrement dégradées en terres agricoles productives.

7.612. Le Groupe spécial convient avec l'Union européenne qu'on ne peut pas formuler la même hypothèse pour d'autres types de terres présentant un faible stock de carbone qui, comme la Malaisie le fait valoir, auraient dû être incluses dans la deuxième filière d'additionnalité.[941] Il comprend que la formule relative au risque élevé de CIAS prend déjà en compte la production sur des terres présentant un faible stock de carbone dans le cadre de la détermination de la part de l'expansion sur des terres présentant un *important stock de carbone*. Si la zone de production des matières premières s'étend sur des terres présentant un *faible* stock de carbone, cela réduit la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone et donc le niveau de risque de CIAS des matières premières.

7.613. De plus, la production de matières premières pour biocarburants sur des terres qui ne sont pas abandonnées ou sévèrement dégradées ne présente pas d'obstacles qui pourraient être compensés uniquement par la prime associée au marché des biocarburants de l'UE. L'exclusion de ces types de terres des critères relatifs au faible risque de CIAS semble donc correspondre à l'objectif d'éviter les effets de déplacement entre la production agricole destinée ou non aux biocarburants. Tant que les effets de déplacement entre ces deux productions agricoles ne peuvent pas être évités, le risque élevé de CIAS n'est pas atténué. Par conséquent, la conception de la filière des terres abandonnées ou sévèrement dégradées ne dénote pas que la distinction réglementaire n'est pas appliquée d'une manière impartiale.

7.614. Toutefois, le Groupe spécial note qu'ainsi que la Malaisie le fait valoir[942], certains éléments de cette filière sont exprimés en termes trop vagues et ambigus, ce qui suscite de sérieux doutes sur le point de savoir si la filière des terres abandonnées et sévèrement dégradées peut effectivement être utilisée aux fins de la certification. Par exemple, on ne voit pas bien quelles circonstances pourraient être qualifiées de "contraintes biophysiques ou socioéconomiques" en raison desquelles il a été mis fin à des cultures sur des terres abandonnées. Le Groupe spécial note

[939] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 155.
[940] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 18. Cela est également confirmé par le considérant 15 du Règlement délégué:

> [I]l convient de ne pas appliquer le critère d'additionnalité financière aux matières premières additionnelles cultivées sur des terres abandonnées ou sévèrement dégradées ou par des petits exploitants agricoles indépendants. Cela reviendrait en fait à une charge administrative déraisonnable au vu du potentiel non négligeable d'amélioration de la productivité et des obstacles rencontrés pour financer les investissements nécessaires.

[941] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 768.
[942] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 768.

qu'il apparaît que l'Union européenne reconnaît le caractère vague et ambigu des prescriptions spécifiques de la filière des terres abandonnées et sévèrement dégradées dans la mesure où elle confirme que les détails régissant son application seront énoncés dans un règlement d'application devant être adopté.[943] On ne voit donc pas très bien comment la deuxième filière d'additionnalité fonctionnerait étant donné la formulation trop vague et ambiguë de certaines de ses notions centrales.

**Filière des petits exploitants**

7.615. La dernière des trois filières d'additionnalité concerne les petits exploitants agricoles, qui cultivent des produits agricoles sur des superficies relativement petites. Le Règlement délégué définit les petits exploitants comme suit:

> [L]es agriculteurs indépendants qui exercent une activité agricole sur une exploitation d'une superficie agricole inférieure à deux hectares pour laquelle ils détiennent des droits de propriété ou de bail ou tout autre titre équivalent qui leur confère le contrôle sur les terres, et qui ne sont pas employés par une société, à l'exception d'une coopérative dont ils sont membres avec d'autres petits exploitants, à condition qu'une telle coopérative ne soit pas contrôlée par un tiers.[944]

7.616. La raison première de l'inclusion de la filière des petits exploitants dans les critères de certification relatifs au faible risque de CIAS est l'absence de "capacité administrative et de[] connaissances requises [des petits exploitants] pour mener [des] évaluations [approfondies de l'additionnalité financière], alors qu'ils sont manifestement confrontés à des barrières qui entravent la mise en œuvre des mesures d'augmentation de la productivité".[945] Cette filière semble donc être l'expression d'un équilibre établi dans la législation de l'UE pour permettre des augmentations de la productivité en limitant le risque d'effets de déplacement, auxquelles il pourrait être renoncé si les petits exploitants agricoles étaient tenus de démontrer l'additionnalité financière.[946] Dans le même temps, ces petits exploitants peuvent uniquement certifier comme présentant un faible risque de CIAS les matières premières supplémentaires par rapport à celles qui seraient produites selon un scénario de statu quo. Cela vise à faire en sorte que le risque d'effets de déplacement potentiellement causés par la production de matières premières supplémentaires par les petits exploitants soit relativement faible. Par conséquent, l'approche apparaît comme compatible avec la conception globale de la certification relative au *faible* risque de CIAS, qui concerne l'atténuation plutôt que l'élimination du risque de CIAS.

7.617. Le Groupe spécial prend note de l'argument de la Malaisie selon lequel la filière des petits exploitants est excessivement étroite car la définition d'un "petit exploitant" est limitée aux agriculteurs qui cultivent moins de deux hectares. Selon la Malaisie, ces producteurs n'ont pas la capacité de se prévaloir de la certification en raison de la complexité de ses prescriptions.[947]

7.618. Le Groupe spécial observe que la définition d'un "petit exploitant" incluse dans le Règlement délégué est fondée sur une étude qui a constaté qu'environ 84% des exploitations dans le monde étaient gérées par de petits exploitants cultivant moins de 2 hectares de terres.[948] En principe, un grand nombre d'agriculteurs partout dans le monde pourraient donc se prévaloir de la filière des petits exploitants. Le Groupe spécial note en outre que cette catégorie d'agriculteurs représente près de 40% du nombre total de "petits exploitants indépendants en Malaisie, soit des agriculteurs détenant moins de 40,46 hectares".[949] Bien que la Malaisie fasse valoir que le Règlement délégué ne tient pas compte des définitions d'un petit exploitant agricole dans les pays producteurs de matières premières[950], le plaignant n'a pas démontré, et le Groupe spécial ne considère pas, que,

[943] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 154.
[944] Article 2.9 du Règlement délégué.
[945] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 18.
[946] Le Règlement délégué reconnaît que l'application du critère d'additionnalité financière aux petits exploitants agricoles "reviendrait en fait à une charge administrative déraisonnable au vu du potentiel non négligeable d'amélioration de la productivité et des obstacles rencontrés pour financer les investissements nécessaires". Considérant 15 du Règlement délégué.
[947] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 269, 769 et 770.
[948] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 18.
[949] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 267. ISEAS Perspective, Serina Rahman, Malaysian Independent Oil Palm Smallholders and their Struggle to Survive 2020 (pièce MYS-152), page 5.
[950] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 265 à 269.

dans les circonstances du présent différend, une définition fondée sur une moyenne mondiale est arbitraire.

7.619. Le Groupe spécial note que les faits en l'espèce sont différents de ceux qui ont donné lieu à la constatation de violation dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, selon laquelle l'"exception relative aux communautés indigènes" était de facto disponible uniquement pour les chasses pratiquées par les Inuits au Groenland et non au Canada.[951] Les éléments de preuve présentés par les parties n'indiquent nulle part que la définition d'un "petit exploitant" désavantage la production de biocarburants en Malaisie par rapport à d'autres pays.

### Limite de 10 ans pour l'admissibilité au bénéfice de la certification relative au faible risque de CIAS

7.620. Le Groupe spécial rappelle que, conformément aux critères de certification relatifs au faible risque de CIAS, toute matière première supplémentaire est admissible au bénéfice de la certification relative au faible risque de CIAS pendant une période maximale de 10 ans à compter de l'adoption de la mesure d'additionnalité.[952] Limiter l'admissibilité d'un rendement obtenu grâce à une mesure d'additionnalité particulière à 10 ans vise à faire en sorte que l'amélioration de la productivité dépasse l'augmentation générale de la productivité dans un scénario de statu quo, avec le temps.

7.621. La Malaisie estime que ce délai est injustifié et désavantage les producteurs d'huile de palme en raison du temps qu'il faut pour qu'un palmier à huile donne des fruits et parvienne à maturité.[953] La raison en est que le palmier à huile a une durée de vie moyenne de 25 ans, qu'il commence à donner des fruits à environ 4 ans et que son potentiel de rendement maximal est normalement atteint entre 7 et 16 ans.[954] Selon la Malaisie, ce problème est particulièrement aigu pour les matières premières produites à partir d'une culture sur des terres abandonnées ou sévèrement dégradées, qui demande plus de temps en raison de la conversion en terres arables.[955]

7.622. L'Union européenne fait valoir que la limite de 10 ans pour l'admissibilité au bénéfice de la certification relative au faible risque de CIAS est justifiée parce qu'avec le temps les mesures d'additionnalité feront partie des pratiques de référence standard.[956] Elle soutient qu'en tout état de cause, cette période est suffisamment longue pour que les avantages des mesures d'additionnalité se concrétisent.[957]

7.623. De l'avis du Groupe spécial, les éléments de preuve présentés par les parties constituent une base raisonnable pour imposer un délai à l'admissibilité d'un rendement obtenu par l'application d'une mesure d'additionnalité spécifique au bénéfice de la certification relative au faible risque de CIAS. Cette limite semble justifiée par l'accroissement de la demande alimentaire mondiale et l'amélioration générale des pratiques agricoles avec le temps.[958] Cela signifie que l'incitation additionnelle liée à la vente de matières premières sur le marché des biocarburants de l'UE disparaît progressivement avec le temps et que les effets de déplacement entre la production destinée ou non aux biocarburants ne peuvent pas être évités pour ce rendement.

7.624. Néanmoins, le Groupe spécial considère que la limite de 10 ans, même si elle est justifiée en principe, pourrait quand même désavantager certains types de matières premières pour biocarburants par rapport à d'autres. Les types de matières premières qui pourraient potentiellement être visés par une certification relative au faible risque de CIAS sont produits à partir de cultures annuelles et pérennes. Les cultures annuelles terminent leur cycle de vie en un an et sont replantées après la récolte pour la saison suivante. Les cultures pérennes, en revanche, n'ont pas besoin d'être replantées après la récolte et repoussent ou continuent de pousser. Sur les huit cultures destinées à l'alimentation humaine et animale qui sont utilisées comme matières premières pour biocarburants

[951] Comme il est indiqué plus haut, le libellé du sixième considérant de l'Accord OTC est semblable à celui du texte introductif de l'article XX du GATT. (Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310)
[952] Article 5.1 b) du Règlement délégué.
[953] Malaisie, réponse à la question n° 61 du Groupe spécial, pages 36 et 37.
[954] T. Mielke, "World Markets for Vegetable Oils: Status and Prospects", in M. Kaltschmitt (ed.), Energy from Organic Minerals (Biomass), 2019 (pièce MYS-19), page 264.
[955] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 768.
[956] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 149.
[957] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 149.
[958] Rapport d'état (2019) (pièces EU-3, MYS-92), page 16.

et énumérées dans l'annexe du Règlement délégué, et donc visées par la formule relative au risque élevé de CIAS (et, par conséquent, potentiellement aussi par la certification relative au faible risque de CIAS), seul le palmier à huile est une culture pérenne. En raison de leur nature, les cultures annuelles font plus souvent l'objet de mesures d'additionnalité visant à améliorer la productivité que les cultures pérennes, ce qui augmente leurs possibilités de bénéficier d'une certification relative au faible risque de CIAS pendant la période de 10 ans.[959]

7.625. Le Groupe spécial prend note de l'argument de l'Union européenne voulant que la limite de 10 ans serait applicable à toute culture pérenne ou annuelle et que, à son avis, cette limite est suffisamment longue pour que les avantages de la certification relative au faible risque de CIAS se manifestent.[960] Toutefois, l'Union européenne n'explique pas pourquoi, par exemple, prolonger la période d'admissibilité du temps nécessaire pour que les cultures pérennes commencent à donner des fruits ou parviennent à maturité serait difficile à concilier avec l'objectif de la mesure. Le désavantage pour les matières premières produites à partir de cultures pérennes pour ce qui est de bénéficier d'une certification relative au faible risque de CIAS ne semble pas s'expliquer par l'objectif de la mesure. Cela indique que la distinction réglementaire en cause est appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable. Cela est d'autant plus vrai qu'actuellement la seule culture pérenne qui figure sur la liste des huit cultures est soumise à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et pourrait donc potentiellement bénéficier d'une certification relative au faible risque de CIAS. Le Groupe spécial note à cet égard qu'en réponse à une de ses questions, l'Union européenne explique qu'une législation nouvellement adoptée prévoit la possibilité de repousser le début de la période de 10 ans de 2 ans au maximum pour les "mesures d'additionnalité opérationnelle" et de 5 ans au maximum pour des raisons de replantation.[961]

7.626. Par conséquent, la limite de 10 ans pour l'admissibilité au bénéfice de la certification relative au faible risque de CIAS désavantage les cultures pérennes de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable.

### Résumé des constatations concernant les critères relatifs au faible risque de CIAS et les questions temporelles

7.627. Le Groupe spécial a constaté qu'à l'exception de la limite de 10 ans pour l'admissibilité au bénéfice de la certification relative au faible risque de CIAS, la conception des critères relatifs au faible risque de CIAS n'avait pas pour résultat que la distinction réglementaire était appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable ou qu'elle n'était pas appliquée par ailleurs d'une manière impartiale. Pour ce qui est de la limite d'admissibilité de 10 ans, il a constaté qu'elle désavantageait les cultures pérennes, telles que le palmier à huile, de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable.

7.628. De plus, dans les sections précédentes de son analyse, le Groupe spécial a constaté que plusieurs critères relatifs au faible risque de CIAS étaient formulés en termes trop vagues et ambigus, ce qui jetait de sérieux doutes sur le point de savoir si ces critères auraient pu effectivement être utilisés lorsque la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était devenue opérationnelle.

7.629. Le Groupe spécial note que l'Union européenne reconnaît que les dispositions du Règlement délégué concernant les critères relatifs au faible risque de CIAS sont incomplètes et qu'elles seraient complétées par des règles détaillées devant être adoptées dans le Règlement d'exécution.[962] Il note en outre que le règlement d'exécution mentionné par l'Union européenne a été présenté comme pièce EU–329 à un stade tardif de la procédure. Les arguments de fond des parties n'abordent pas

[959] À cet égard, la Malaisie note ce qui suit:
> En ce qui concerne les cultures annuelles, les producteurs peuvent tirer parti des nouvelles semences chaque nouvelle saison de croissance. Par contre, le potentiel de rendement des cultures pérennes (par exemple le palmier à huile), qui ont une durée de vie pouvant aller jusqu'à plusieurs décennies, est fixé pour chaque cycle de plantation.
> (Malaisie, première communication écrite, paragraphe 471)

[960] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 149.

[961] Union européenne, observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 61 du Groupe spécial, paragraphe 113.

[962] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 154.

la teneur de ce règlement. Le Groupe spécial ne se prononce donc pas sur la conception des critères relatifs au faible risque de CIAS tels que complétés ou modifiés dans le Règlement d'exécution.

7.630. Il observe toutefois que le règlement contient des disciplines très détaillées concernant les prescriptions en matière de preuve[963] et des règles détaillées pour démontrer l'additionnalité, y compris pour déterminer des aspects spécifiques du rendement dynamique de référence[964] et l'admissibilité à la certification relative au faible risque de CIAS d'une production sur des terres inutilisées, abandonnées ou sévèrement dégradées.[965] À son avis, cela confirme que les critères relatifs au faible risque de CIAS, tels qu'ils figurent dans le Règlement délégué, n'étaient pas opérationnels et ne permettaient pas de certifier le biocarburant dérivé de l'huile de palme avant l'adoption du Règlement d'exécution.

7.631. Le Groupe spécial prend également note de l'argument de l'Union européenne selon lequel la certification relative au faible risque de CIAS pourrait être effectuée avant l'adoption de règles détaillées sur les critères relatifs au faible risque de CIAS par le biais de systèmes de certification volontaires.[966] Il n'est pas convaincu par cet argument étant donné qu'ainsi qu'il est expliqué plus en détail dans la section traitant les allégations de la Malaisie au titre de l'article 5 de l'Accord OTC, aucun élément de preuve ne montre que les systèmes volontaires pour la certification relative au faible risque de CIAS étaient opérationnels au moins jusqu'à la décision de la Commission européenne d'approuver trois programmes de ce type en juin 2022.

7.632. Le Groupe spécial n'est pas non plus convaincu par l'argument de l'Union européenne selon lequel la certification relative au faible risque de CIAS n'est pas nécessaire avant décembre 2023, alors que l'élément élimination progressive de la mesure deviendra opérationnel. Cet argument présuppose que la certification relative au faible risque de CIAS est pertinente uniquement pour l'élimination progressive et non pas aussi pour le plafond. Cette affirmation est contredite par le texte de l'article 26.2 de la Directive RED II, dans lequel l'exemption pour les biocarburants produits à partir de matières premières certifiées comme présentant un faible risque de CIAS suit immédiatement la description du plafond:

> Aux fins du calcul, dans un État membre donné, de la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables visée à l'article 7 et de la part minimale visée à l'article 25, paragraphe 1, premier alinéa, la part des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, présentant un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols et dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone, n'excède pas le niveau de consommation de ces combustibles ou carburants dans l'État membre concerné enregistré en 2019, *à moins que les produits en question ne soient certifiés comme étant des biocarburants, bioliquides ou combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols conformément au présent paragraphe*.[967]

7.633. Le considérant 12 du Règlement délégué donne également à penser que l'exemption s'applique aussi bien au plafond qu'à l'élimination progressive:

> Il convient que les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse qui sont certifiés comme présentant un risque CIAS faible soient exemptés de *la limite et de la réduction progressive* applicables aux biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale présentant un risque CIAS élevé, à condition qu'ils satisfassent aux critères

[963] Article 24 du Règlement d'exécution.
[964] Articles 25 et 27 du Règlement d'exécution.
[965] Article 26 du Règlement d'exécution. L'annexe VIII établit en outre les exigences minimales concernant le processus et la méthode à suivre pour certifier la biomasse à faible risque de CIAS, s'agissant du contenu de la demande, de l'évaluation de l'additionnalité sur la base du critère de l'attractivité financière et des obstacles, et de lignes directrices concernant la détermination du rendement dynamique de référence pour les cultures annuelles et pérennes. Règlement d'exécution (UE) n° 2022/996 de la Commission (pièce EU-329), pages 40 à 49.
[966] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 841 et 1072; et réponses aux questions du Groupe spécial n° 60, paragraphe 392, n° 62, paragraphe 397, et n° 92, paragraphes 479 et 480.
[967] Article 26.2 de la Directive RED II. (pas de mise en relief dans l'original)

pertinents de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre énoncés à l'article 29 de la [Directive RED II][968]

7.634. L'exemption s'applique donc nécessairement au plafond et à l'élimination progressive, soit, en substance, le plafond qui est progressivement ramené à zéro à la fin de 2030, au plus tard. Il ne fait donc aucun doute que la certification des lots d'un biocarburant comme présentant un faible risque de CIAS devient pertinente non pas avec l'entrée en vigueur de l'aspect élimination progressive de la mesure, mais dès que le plafond pour risque élevé de CIAS est devenu opérationnel. De plus, le Groupe spécial note que plusieurs États membres de l'UE ont accéléré l'élimination progressive de la possibilité que le biocarburant dérivé de l'huile de palme soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables.[969]

***Conclusion concernant l'application de la distinction réglementaire en cause***

7.635. En résumé, le Groupe spécial constate que la distinction réglementaire fondée sur un risque élevé de CIAS n'est pas appliquée d'une manière impartiale dans la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS parce que i) l'Union européenne n'a pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées comme base pour déterminer si une culture présentait un risque élevé de CIAS; ii) le critère d'additionnalité ainsi que les filières de l'additionnalité financière et des terres abandonnées ou sévèrement dégradées sont formulés en termes trop vagues et ambigus qui ne ménagent pas de possibilité effective de certifier des lots spécifiques de biocarburant dérivé de l'huile de palme comme présentant un faible risque de CIAS; et iii) la conception du délai de 10 ans pour la certification relative au faible risque de CIAS est une autre lacune dans la conception et la mise en œuvre des critères relatifs au faible risque de CIAS car elle désavantage de manière injustifiable les biocarburants produits à partir de cultures pérennes, uniquement le palmier à huile actuellement, en ce qui concerne les possibilité commerciales liées au marché des biocarburants de l'UE. Par conséquent, la distinction réglementaire établie par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne peut pas être considérée comme découlant exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

#### 7.1.2.4.6 Conclusion concernant l'article 2.1

7.636. L'Union européenne a appliqué la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS d'une manière incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC en ne procédant pas à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants présentaient un risque élevé de CIAS et parce qu'il y a des lacunes dans la conception et la mise en œuvre des critères relatifs au faible risque de CIAS, ce qui entraîne une discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent;

7.637. Un membre du Groupe spécial est arrivé à une conclusion différente, exposée dans la section 7.4 du présent rapport.

### 7.1.2.5 Article 2.5 (première phrase) – Explication de la justification du règlement technique

#### 7.1.2.5.1 Introduction

7.638. Ayant examiné les allégations au titre des obligations de fond énoncées à l'article 2.4, 2.2 et 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial passe maintenant à l'allégation de la Malaisie selon laquelle l'Union européenne ne s'est pas conformée à l'obligation procédurale énoncée dans la première phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

7.639. La Malaisie estime[970] que l'Union européenne a violé l'article 2.5 en n'expliquant pas la justification de l'élaboration, de l'adoption ou de l'application de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'Accord OTC. Plus spécifiquement, la Malaisie fait valoir, en faisant référence aux éléments de

[968] Considérant 12 du Règlement délégué. (pas de mise en relief dans l'original)

[969] Il apparaît que c'est le cas, entre autres États membres, de l'Allemagne, de l'Autriche, de la France, de Malte, etc. (pièce IDN-1, pages 7, 26, 31 et 37).

[970] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 710 à 722; deuxième communication écrite, paragraphes 263 à 267; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 87 et 88.

l'article 2.5, que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ont un "effet notable" sur le commerce de la Malaisie avec l'Union européenne, et que, comme d'autres Membres de l'OMC, elle a demandé à plusieurs reprises une explication de la justification des mesures devant le Comité OTC. Toutefois, dans ses réponses à ces demandes répétées de la Malaisie et d'autres Membres de l'OMC, l'Union européenne s'est bornée à déclarer que les mesures n'étaient pas des règlements techniques.

7.640. L'Union européenne estime[971] que le Groupe spécial devrait rejeter les allégations au titre de l'article 2.5. Elle ne conteste pas que la Malaisie a fait des demandes en vue d'obtenir une explication de la justification de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au sens de la première phrase de l'article 2.5. En revanche, elle indique qu'il "n'est pas accepté" que les mesures "[aient] un effet notable sur le commerce" et que, en tout état de cause, elle a "expliqué la justification" des mesures à maintes reprises dans de multiples enceintes.

#### 7.1.2.5.2 Critère juridique

7.641. La première phrase de l'article 2.5 énonce l'obligation suivante:

> 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.

7.642. Cette obligation énoncée dans la première phrase de l'article 2.5 n'a été l'objet d'une allégation d'incompatibilité que dans une seule affaire antérieure, à savoir *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*.[972] Dans le présent différend, les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à cette affaire.

7.643. Pour établir l'existence d'une violation de la première phrase de l'article 2.5, il faut montrer que le Membre en question élabore, adopte ou applique un règlement technique et qu'il est satisfait aux trois éléments suivants[973]:

a. la mesure "[peut] avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres";

b. une "demande" est faite par "un autre Membre"; et

c. le Membre en question doit "justifier[] … ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2.

---

[971] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1002 à 1008; deuxième communication écrite, paragraphes 167 à 170; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 730 à 742. L'Union européenne fait valoir en outre que les mesures contestées ne sont pas des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1, et qu'elles ne sont donc soumises à aucune obligation de fond ou de procédure énoncée dans l'Accord OTC.

[972] Dans l'affaire *CE – Sardines*, l'Organe d'appel a fait référence à la première phrase de l'article 2.5 comme contexte pour ses vues sur le critère juridique relatif à l'attribution de la charge de la preuve dans le cadre d'une allégation au titre de l'article 2.4. Dans ce différend, le plaignant avait fait valoir qu'il incombait au défendeur d'expliquer les raisons pour lesquelles il n'avait pas utilisé la norme internationale en cause (c'est-à-dire l'absence de "caractère approprié" de celle-ci), et d'"énoncer" l'objectif légitime du règlement technique. Le Groupe spécial avait fait le raisonnement selon lequel il fallait que cela en soit ainsi parce que ces questions "[faisaient] intervenir des éléments d'appréciation qui [étaient] bel et bien du ressort du Membre qui adopt[ait] ou appliqu[ait] un règlement technique" et non de la partie plaignante. L'Organe d'appel a exprimé son désaccord en indiquant ce qui suit:

> L'*Accord OTC* ménage à un plaignant des possibilités adéquates d'obtenir des renseignements sur les objectifs des règlements techniques ou sur les éléments d'appréciation spécifiques qui peuvent être pertinents pour l'évaluation de leur caractère approprié. Un plaignant peut obtenir d'un défendeur des renseignements pertinents sur un règlement technique au titre de l'article 2.5 de l'*Accord OTC*, qui établit un mécanisme *contraignant* exigeant la communication de renseignements par le Membre qui réglemente. (Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 277. (mise en relief dans l'original))

[973] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.449.

7.644. Ces éléments sont cumulatifs, et il doit donc être satisfait à chacun d'eux pour établir une incompatibilité avec la première phrase de l'article 2.5.

7.645. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 2.5 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.2.5.3 Élément "pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres"

7.646. L'obligation procédurale énoncée dans la première phrase de l'article 2.5 s'applique uniquement aux règlements techniques "pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres".

7.647. Le Groupe spécial note que les obligations procédurales énoncées à l'article 2.9 et à l'article 5.6, qui concernent la publication, la notification et la procédure de présentation d'observations pour les règlements techniques et les procédures d'évaluation de la conformité, respectivement, sont également soumises à la même condition de déclenchement (comme l'ensemble des obligations procédurales parallèles énoncées à l'Annexe B 5) de l'Accord SPS). Dans son analyse ci–après, le Groupe spécial s'inspirera donc des indications pertinentes portant sur ces dispositions. En outre, la conclusion et le raisonnement du Groupe spécial dans la présente section du rapport s'appliquent *mutatis mutandis* à cet élément des allégations de la Malaisie au titre des articles 2.9 et 5.6.

7.648. La Malaisie fait valoir que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS non seulement pourraient avoir, mais ont effectivement, un "effet notable" sur le commerce de la Malaisie avec l'Union européenne. Elle fait valoir que les mesures en cause, à savoir la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, équivalent à une interdiction *de facto* d'importer du biocarburant dérivé de l'huile de palme et d'huile de palme destinée à être utilisée comme matière première pour biocarburants en provenance de Malaisie.[974]

7.649. L'Union européenne répond en disant qu'il "n'est pas accepté" que les mesures indiquées "[aient] un effet notable sur le commerce d'autres Membres". Elle indique que le "caractère restrictif pour le commerce allégué" de ces mesures "est précisément l'un des points que la Malaisie doit démontrer", et que "[c]ette question a été abordée en réponse aux allégations formulées au titre de l'article 2.1 et de l'article 2.2 de l'Accord OTC".[975]

7.650. Le Groupe spécial note que les arguments de chaque partie sur la question de savoir si les mesures ont "un effet notable sur le commerce d'autres Membres" aux fins de l'article 2.5 incorporent par référence (ou répètent autrement) ses arguments sur la question de savoir si les mesures sont "restrictives pour le commerce" au sens de l'article 2.2 et/ou ont une "incidence préjudiciable" sur les importations aux fins de l'article 2.1. Il ne voit aucune raison de procéder différemment et il poursuit son analyse étant entendu que ses constatations sur le point de savoir si une mesure donnée est "restrictive pour le commerce" au titre de l'article 2.2 et/ou a une "incidence préjudiciable" sur les importations au titre de l'article 2.1 seraient en principe très pertinentes, sinon déterminantes, pour la question de savoir si la même mesure "[peut] avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres" au sens de l'article 2.5.

7.651. Le Groupe spécial a déjà constaté, dans le contexte de son évaluation de l'allégation formulée par la Malaisie au titre de l'article 2.2, que les mesures étaient "restrictives pour le commerce" au motif qu'elles avaient, de par leur conception, un "effet limitatif sur le commerce" des biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale (en ce qui concerne la part maximale de 7%) et des biocarburants dérivés de l'huile de palme (en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS). Il a également constaté, dans le contexte de son évaluation de l'allégation formulée par la Malaisie au titre de l'article 2.1, que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS avait une "incidence

[974] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 714 à 716; deuxième communication écrite, paragraphe 264.
[975] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1005.

préjudiciable" sur les biocarburants dérivés de l'huile de palme importés. Il ne voit pas la nécessité de répéter le même raisonnement qui a abouti à ces constatations dans la présente section.

7.652. Le Groupe spécial estime qu'il découle de ses constatations antérieures au titre de l'article 2.2 et 2.1 que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont en principe des mesures "pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres". Comme il est expliqué ci–après, il n'y a rien dans le sens ordinaire de ces termes, dans les interprétations antérieures des groupes spéciaux ayant interprété et appliqué cette condition, qui donnerait à penser le contraire.

7.653. Premièrement, le Groupe spécial considère qu'il faut attribuer aux mots "pouvant avoir" leur sens ordinaire dans le contexte du membre de phrase "pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres". Comme le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* l'a observé lorsqu'il a interprété et appliqué cette condition dans le contexte de l'article 2.9 de l'Accord OTC:

> [Cette] 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 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.[976]

[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).

7.654. Deuxièmement, le Groupe spécial convient avec les groupes spéciaux antérieurs que le sens ordinaire à attribuer au terme "significant" (notable) dans ce contexte est "sufficiently great or important to be worthy of attention; noteworthy" (suffisamment grand ou important pour mériter l'attention; digne d'être noté)[977], et qu'un "effet notable" peut donc s'entendre comme englobant "tous les effets sur le commerce qui ne sont pas *de minimis*" ou au moins ceux qui sont "substantiel[s] et digne[s] d'être noté[s]".[978] Cela inclurait certainement une interdiction pure et simple visant l'importation ou la vente de produits spécifiés, ce qui était le cas dans plusieurs différends antérieurs[979], mais il n'y a rien dans les termes de cette condition de déclenchement qui la limite d'une façon ou d'une autre à "la mesure la plus restrictive qu'un Membre puisse prendre en ce qui concerne le commerce".[980]

7.655. Troisièmement, l'expression "commerce d'autres Membres" peut être interprétée comme faisant référence au commerce d'autres Membres, considérés individuellement ou collectivement. Comme il a déjà été examiné dans le contexte de son évaluation de l'allégation au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial *Australie – Emballage neutre du tabac* a conclu que rien ne permettait

[976] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.529 et note de bas de page 897. (mise en relief dans l'original)

[977] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.530 (faisant référence aux définitions pertinentes données par les dictionnaires, y compris l'Oxford English Dictionary (OED) 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); et le rapport du Groupe spécial *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 7.773 (faisant référence à l'OED Online).

[978] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.530.

[979] Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.530; et *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 7.773.

[980] Rapport du Groupe spécial *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 7.773.

d'accepter l'argument du défendeur selon lequel les effets d'un règlement technique sur le commerce international, et spécifiquement l'existence et l'étendue d'un effet "restrictif pour le commerce" aux fins de l'article 2.2, devraient être évalués seulement sur la base de l'effet de la mesure sur le commerce de *tous* les Membres de l'OMC, en ce qui concernait tous les produits visés par le règlement technique.[981] Le Groupe spécial juge utile de souligner ici que, au cours de son analyse au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial *Australie – Emballage neutre du tabac* a trouvé des indications utiles dans la recommandation pertinente du Comité OTC[982] interprétant l'expression "peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres" dans le contexte de l'article 2.9, et a indiqué ce qui suit:

> La recommandation du Comité OTC donne à penser que la formule "effet notable sur le commerce d'autres Membres" figurant à l'article 2.9 peut être interprétée comme faisant référence, entre autres choses, à l'effet sur le commerce d'un produit déterminé, d'un groupe de produits ou de produits en général et à *l'effet sur le commerce entre deux ou plusieurs Membres*. En outre, pour évaluer l'incidence de ces effets sur le commerce, les Membres sont invités à examiner 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*. Nous considérons que cette interprétation confirme notre observation … selon laquelle il n'est pas nécessaire que le "caractère restrictif pour le commerce" d'un règlement technique soit évalué seulement sur la base de l'effet de la mesure sur le commerce entre *tous* les Membres de l'OMC, en ce qui concerne *tous les produits* visés par le règlement technique.[983]

7.656. Enfin, le Groupe spécial ne voit rien dans cette recommandation du Comité OTC qui remettrait en question la conclusion que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des mesures "pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres". Il note que la recommandation du Comité OTC en question dispose ce qui suit:

i. aux fins des articles 2.9 et 5.6, la formule "effet notable sur le commerce d'autres Membres" peut s'entendre de l'effet sur le commerce:

   - d'un seul règlement technique ou d'une seule procédure d'évaluation de la conformité, ou de plusieurs règlements techniques ou de plusieurs procédures d'évaluation de la conformité conjugués;
   - d'un produit déterminé, d'un groupe de produits ou de produits en général; et
   - entre deux ou plusieurs Membres.

ii. pour évaluer l'incidence d'un règlement technique sur le commerce, le Membre concerné devrait prendre en considération des éléments 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;

[981] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1078. Le Groupe spécial a considéré que l'adoption de cette interprétation "aurait pour effet qu'un Membre de l'OMC ne pourrait pas recourir à l'article 2.2 de l'Accord OTC pour un produit particulier concernant lequel son commerce serait restreint, dans le cas où celui d'un autre Membre (d'autres Membres) s'intensifierait", et que, "suivant la logique de l'Australie, pour faire admettre une allégation au titre de l'article 2.2, un Membre aurait besoin dans tous les cas d'établir l'existence d'un effet limitatif non seulement en ce qui concern[ait] ses propres exportations, mais en ce qui concern[ait] la totalité des exportations de tous les Membres". (*Ibid.*)

[982] Comité OTC, note du Secrétariat, "Décisions et recommandations adoptées par le Comité des obstacles techniques au commerce de l'OMC depuis le 1er janvier 1995", document de l'OMC G/TBT/1/Rev.12 (21 janvier 2015), section 4.3.1.1, page 21 (intitulée "Effet notable sur le commerce d'autres Membres").

[983] Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1088.

– le potentiel de croissance de ces importations; et

– les difficultés que le respect des règlements techniques projetés implique pour les producteurs des autres Membres.

iii. la 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.

7.657. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial constate que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques "pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres".

#### 7.1.2.5.4 Élément "si un autre Membre lui en fait la demande"

7.658. L'obligation procédurale énoncée dans la première phrase de l'article 2.5 imposant d'expliquer la justification d'un règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4 s'applique uniquement "si un autre Membre ... en fait la demande".

7.659. La Malaisie fait valoir que elle–même ainsi que d'autres Membres ont demandé à maintes reprises à l'Union européenne d'expliquer la justification des règlements techniques en cause lors de multiples réunions du Comité OTC à partir du second semestre de 2018, pendant le processus législatif de l'Union européenne concernant la Directive RED II et le Règlement délégué. Dans sa première communication écrite[984], elle résume et présente certains passages des déclarations qu'elle a faites aux réunions du Comité OTC tenues en novembre 2018 (concernant la proposition de modification de la Directive RED I); en mars 2019 (après la publication de la proposition de Règlement délégué); en juin 2019 (concernant le Règlement délégué); en novembre 2019 (exprimant une nouvelle fois ses préoccupations); et en mai 2020 (exprimant une nouvelle fois ses préoccupations). Selon elle, ces déclarations au Comité OTC peuvent être considérées comme les "demandes" pertinentes d'explication de la justification des mesures qui déclenchent l'obligation procédurale énoncée dans la première phrase de l'article 2.5.

7.660. L'Union européenne ne conteste pas que la Malaisie a fait des "demandes" en vue d'obtenir une explication de la justification de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au sens de la première phrase de l'article 2.5. À cet égard, le Groupe spécial note que l'Union européenne n'a pas présenté d'arguments sur cet élément de l'allégation au titre de la première phrase de l'article 2.5. En outre, en réponse à une question du Groupe spécial, l'Union européenne indique qu'elle "admet que les déclarations mentionnées par la Malaisie aux paragraphes 364 à 369 de sa première communication écrite constituent des "demandes" d'explication de la justification au sens de la première phrase de l'article 2.5 de l'Accord OTC".[985]

7.661. Le Groupe spécial estime que, dans le cadre de son évaluation de la question de savoir si la Malaisie a établi *prima facie* qu'il y avait incompatibilité au titre de l'article 2.5, il peut accorder un certain poids au fait que l'Union européenne ne conteste pas qu'il y a eu une "demande" au sens de l'article 2.5. Toutefois, l'absence de réfutation par l'Union européenne ne le dispense pas de procéder à une évaluation indépendante[986] de la question de savoir si la Malaisie a fait des "demandes" en vue d'obtenir une explication de la justification de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au sens de la première phrase de l'article 2.5. Le Groupe spécial a examiné les différentes déclarations au Comité OTC mentionnées par la Malaisie et estime qu'il peut y avoir des raisons de douter que les déclarations de la Malaisie au Comité OTC puissent être qualifiées, dans la forme ou sur le fond, de "demande" visant à ce que l'Union européenne "explique la justification" des règlements techniques "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4". Il a fait le raisonnement suivant:

7.662. Le Groupe spécial observe tout d'abord qu'aucune des déclarations n'invoque ni ne mentionne expressément d'une autre manière l'article 2.5. En outre, aucune des questions adressées

[984] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 363 à 366 et 718.
[985] Union européenne, réponse à la question n° 135 du Groupe spécial, paragraphe 732.
[986] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Crevettes (Équateur)*, paragraphes 7.9 à 7.11.

à l'Union européenne dans ces déclarations n'est formulée sous la forme d'une "demande" en vue de l'obtention d'une "explication de la justification" de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et encore moins d'une explication de la justification "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2.

7.663. En outre, l'axe principal des déclarations de la Malaisie, y compris les questions connexes qu'elle a adressées à l'Union européenne, est la *discrimination* alléguée à l'égard des biocarburants dérivés de l'huile de palme, qui serait pertinente aux fins de l'article 2.1 et non des obligations énoncées aux paragraphes 2 à 4 de l'article 2. Bien que la première communication écrite de la Malaisie mette en avant certains éléments de ces déclarations qui contiennent des affirmations selon lesquelles les mesures contestées sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire, et ne sont pas compatibles avec les "normes internationales", il n'en demeure pas moins que l'axe principal de ces déclarations se rapporte à la *discrimination* alléguée au titre de l'article 2.1. Dans cette mesure, cela ne laisse pas entendre que la Malaisie cherchait à obtenir une explication de la justification au regard des dispositions de l'article 2.2, 2.3 ou 2.4.

7.664. Enfin, les déclarations faites par la Malaisie au Comité OTC revêtent généralement le caractère d'*arguments* ou de *préoccupations exprimées*, et non de demandes visant à ce qu'il soit expliqué en quoi la mesure était justifiée, et encore moins d'une demande visant à ce qu'il soit expliqué en quoi la mesure était justifiée au regard des dispositions de l'article 2.2, 2.3 ou 2.4. De fait, l'examen des déclarations de la Malaisie amène le Groupe spécial à conclure que chacune d'elles revêtait essentiellement le caractère d'une longue *réfutation* de la justification relative aux CIAS invoquée par l'Union européenne pour ses mesures, et non d'une demande visant à ce que l'Union européenne explique la justification pertinente des mesures.

7.665. Les circonstances en l'espèce présentent donc certaines similitudes avec les circonstances de la seule affaire antérieure dans laquelle une allégation au titre de l'article 2.5 a été examinée et rejetée au motif qu'il n'y avait pas eu de "demande" au sens de l'article 2.5. Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, il a été constaté qu'une série de dix questions posées par l'Indonésie aux États–Unis au sujet du règlement technique contesté ne constituait, ni dans la forme ni sur le fond, une "demande" au sens de l'article 2.5, parce que a) elle ne faisait pas mention de l'article 2.5, b) elle n'avait pas été formulée dans les termes employés à l'article 2.5, et c) elle portait sur différents points régis par des dispositions des Accords de l'OMC visés autres que l'article 2.2, 2.3 et 2.4.[987]

7.666. Le Groupe spécial reconnaît que, malgré les similitudes apparentes avec les circonstances de l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, les déclarations de la Malaisie incluent de multiples questions posées à l'Union européenne, et que certains aspects de ces questions mentionnent ou mettent en jeu soit l'article 2.2, soit l'article 2.4. En tout état de cause, il ne juge pas nécessaire de se prononcer d'une manière définitive sur cette question, étant donné que cela ne changerait pas le résultat de son évaluation de l'allégation au titre de l'article 2.5.

#### 7.1.2.5.5 Élément "[expliquer] … [la justification de] ce règlement technique au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2

7.667. En partant, pour les besoins de l'argumentation, de l'hypothèse qu'il y a eu une "demande" au sens de l'article 2.5, le Groupe spécial va examiner si l'Union européenne s'est acquittée de son obligation d'"expliquer la justification" de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2.

7.668. La Malaisie fait valoir que, dans ses réponses aux demandes répétées présentées par elle-même et d'autres Membres de l'OMC en vue d'obtenir une explication de la justification des mesures pertinentes, l'Union européenne s'est bornée à déclarer que les mesures n'étaient pas des

[987] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.451 à 7.461. La Malaisie fait valoir que l'analyse du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* étaye le point de vue selon lequel une demande au titre de l'article 2.5 peut être présentée implicitement. (Malaisie, première communication écrite, paragraphe 717)

règlements techniques.[988] Elle estime que l'article 2.5 exige plus, à savoir que "[l]'explication de la justification de la mesure en cause doit être adéquate pour faire en sorte que les autres Membres comprennent ces motifs et puissent évaluer la raison d'être de la mesure en cause".[989] Elle ajoute que l'Union européenne ne cesse pas d'être assujettie à l'obligation énoncée à l'article 2.5 simplement parce qu'elle fait valoir que les mesures ne sont pas des "règlements techniques".[990]

7.669. L'Union européenne répond qu'elle a expliqué de manière adéquate la justification des mesures au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4 de l'article 2. Dans ses réponses aux questions du Groupe spécial, elle résume et présente certains passages: a) de lettres ou d'autres documents (par exemple des fiches d'information) que des fonctionnaires de l'UE ont fournis aux plaignants au cours de cette période en réponse aux préoccupations soulevées; et ii) des déclarations qu'elle a faites au Comité OTC, en réponse aux préoccupations soulevées dans cette enceinte. Elle fait également référence à plusieurs réunions et consultations tenues à différents moments dans d'autres enceintes entre les fonctionnaires concernés.[991] Elle précise qu'elle ne conteste pas que, si un groupe spécial "devait constater qu'une mesure peut être considérée comme un règlement technique, l'obligation énoncée dans la première phrase de l'article 2.5 s'appliquerait malgré la position contraire du Membre concerné".[992]

7.670. Le Groupe spécial note que la raison d'être des mesures a été expliquée dès 2015, sous la forme de la Directive CIAS qui modifiait la Directive RED I dans le but déclaré d'"inclure des dispositions relatives aux incidences du changement indirect dans l'affectation des sols, étant donné que les biocarburants actuels sont produits principalement à partir de cultures sur des terres agricoles existantes".[993] Le Groupe spécial rappelle et incorpore ainsi par renvoi l'analyse figurant aux paragraphes 2.15 à 2.22 du présent rapport, dans laquelle il est fait référence à la Directive CIAS, à la proposition de 2016 de la Commission européenne pour une directive "de refonte" concernant les CIAS, et au Rapport d'étude (2017) relatif aux CIAS.

7.671. En outre, dans ses déclarations au Comité OTC sur cette question, qui remontent au moins à juin 2018, la Malaisie elle–même s'est exprimée sur la justification relative aux CIAS invoquée par l'Union européenne pour la part maximale de 7% projetée (à ce moment–là) et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. En effet, la Malaisie et les autres Membres ayant soulevé des préoccupations au sujet des mesures aux réunions du Comité OTC ont démontré à plusieurs reprises qu'ils connaissaient bien les études ayant trait aux CIAS, réalisées et commandées par la Commission européenne, ainsi que les problèmes spécifiques que posaient les tentatives de calcul par l'Union européenne des émissions de GES liées aux CIAS.[994] Comme il a déjà été indiqué plus haut, lorsqu'il examine les déclarations de la Malaisie, le Groupe spécial a l'impression que chacune revêt essentiellement le caractère d'une longue *réfutation* de la justification relative aux CIAS invoquée par l'Union européenne pour les mesures, et non d'une demande visant à ce que l'Union européenne explique la justification pertinente des mesures.

7.672. Le Groupe spécial rappelle en outre que le texte même de la Directive RED II, en particulier les considérants 80 et 81, explique très clairement la justification relative aux CIAS invoquée pour les mesures en cause. Le Règlement délégué réaffirme que les mesures sont prises pour traiter la question des CIAS et commence par 16 considérants qui expliquent les mesures par référence aux CIAS. Le Groupe spécial a déjà examiné ces aspects du cadre réglementaire et d'autres dans le contexte de l'identification de l'"objectif" spécifique de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, dans le cadre de l'article 2.2. De fait, dans le contexte de ses arguments au titre de l'article 2.2, la Malaisie elle–même met fortement

[988] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 720 (faisant référence à Comité OTC de l'OMC, Compte rendu de la réunion des 6 et 7 mars 2019, G/TBT/M/77 (15 mai 2019), paragraphe 3.135; Comité OTC de l'OMC, Compte rendu de la réunion des 20 et 21 juin 2018, G/TBT/M/75 (14 septembre 2018), paragraphe 4.245; Comité OTC de l'OMC, Compte rendu de la réunion des 20 et 21 juin 2019, G/TBT/M/78 (17 avril 2018), paragraphe 3.183; et Comité OTC de l'OMC, Déclaration de l'Union européenne au Comité des obstacles techniques au commerce – 21 et 22 mars 2018, G/TBT/W/474 (17 avril 2018), paragraphe 4).

[989] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 719.

[990] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 721.

[991] Union européenne, réponse aux questions n° 136 et 137 du Groupe spécial, paragraphes 733 à 742.

[992] Union européenne, réponse à la question n° 134 du Groupe spécial, paragraphe 731.

[993] Directive CIAS (pièce MYS-168), considérant (4), page 2.

[994] Voir, par exemple, Comité OTC de l'OMC, Compte rendu de la réunion des 20 et 21 juin 2018, G/TBT/M/75 (14 septembre 2018), paragraphes 4.236 et 4.237 (Indonésie); Déclaration de la Malaisie au Comité OTC, datée du 5 juillet 2018, G/TBT/W/548, paragraphes 5 et 6.

l'accent sur la pertinence des considérants de la Directive RED II aux fins de la définition des objectifs spécifiques des règlements techniques en cause, et le Groupe spécial a déjà indiqué qu'il souscrivait à cette approche pour l'identification de l'objectif des mesures contestées.[995]

7.673. Il est clair que la Malaisie ne souscrit pas à la justification relative aux CIAS invoquée pour les mesures et ne considère pas que celles–ci soient justifiées au regard des dispositions pertinentes de l'Accord OTC. Toutefois, l'obligation procédurale énoncée à l'article 2.5 n'est pas une obligation de *justifier* les mesures à la satisfaction des plaignants ou de l'ensemble des Membres – c'est une obligation procédurale imposant d'"expliquer la justification" de manière à permettre aux autres Membres de mieux évaluer, pour eux–mêmes, si le règlement technique est compatible avec l'article 2.2, 2.3 et 2.4.

7.674. De l'avis du Groupe spécial, la seule question qui demeure compte tenu des explications claires concernant la justification des mesures, qui figurent déjà dans le texte des instruments juridiques pertinents eux–mêmes, est de savoir si ces justifications servent à expliquer la justification des règlements techniques "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2. Pour les raisons exposées ci–après, le Groupe spécial ne voit pas de base adéquate permettant de critiquer l'Union européenne à cet égard.

7.675. Premièrement, le Groupe spécial estime que l'explication de la justification des mesures fournie par l'Union européenne (au moyen du texte même de la Directive RED II et des autres instruments juridiques pertinents) est directement pertinente pour identifier l'"objectif" des mesures au sens de l'article 2.2, 2.3 et 2.4. Cela est important car chacune des obligations énoncées à l'article 2.2, 2.3 et 2.4 est formulée par référence à l'objectif d'un règlement technique, ce qui en fait le dénominateur commun dans "[les] dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2.

7.676. Il apparaîtrait que, en plus d'être le dénominateur commun de ces dispositions, l'explication de l'"objectif" d'un règlement technique est essentielle pour comprendre les raisons et la raison d'être des mesures contestées et, en définitive, leur justification au regard des paragraphes 2 à 4 de l'article 2. La raison en est que l'identification de l'objectif d'un règlement technique sert de "point de référence par rapport auquel un groupe spécial doit évaluer le degré de la contribution apportée par un règlement technique contesté, ainsi que par les mesures de rechange proposées"[996] aux fins de l'article 2.2. Cette identification constitue également un point de référence central pour les obligations énoncées à l'article 2.3[997] et à l'article 2.4.[998]

7.677. En conséquence, le Groupe spécial estime qu'une explication suffisamment claire de l'"objectif" d'une mesure par le Membre qui réglemente pourrait être considérée de manière plausible comme une justification d'un règlement technique "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4". Il convient de répéter que, dans le contexte de ses arguments au titre de l'article 2.2, la Malaisie met fortement l'accent sur la pertinence des considérants de la Directive RED II aux fins de la définition des objectifs spécifiques des règlements techniques en cause, et le Groupe spécial a déjà indiqué qu'il souscrivait à cette approche.

7.678. En outre, le Groupe spécial estime que toute évaluation de l'adéquation de l'"explication de la justification" d'un règlement technique par un Membre qui réglemente, "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2, sera nécessairement éclairée par la nature de la "demande" faite par le Membre plaignant. Ce point de vue procède du fait que les dispositions de l'article 2.2, 2.3 et 2.4 énoncent de nombreuses obligations distinctes, chacune faisant intervenir bon nombre d'éléments distincts et d'étapes analytiques distinctes. Cela implique que l'évaluation de l'adéquation de la forme et du contenu de l'"explication de la justification" d'un règlement technique par un Membre qui réglemente, "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2, doit nécessairement être effectuée au cas par cas, et qu'elle sera nécessairement éclairée par la forme et le contenu de la ou des demandes qui ont déclenché l'explication. Dans la présente affaire, les

[995] Le Groupe spécial rappelle et incorpore également par référence l'analyse exposée dans la section 7.1.2.3.3 du présent rapport.

[996] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 387.

[997] L'article 2.3 dispose que 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.

[998] L'article 2.4 dispose que les Membres utiliseront les normes internationales pertinentes comme base de leurs règlements techniques, sauf lorsque ces normes internationales ou leurs éléments pertinents seraient inefficaces ou inappropriés pour réaliser les "objectifs légitimes" recherchés.

différentes déclarations de la Malaisie au Comité OTC ne spécifiaient pas pour quels aspects précis, s'il en est, des "dispositions des paragraphes 2 à 4" une explication de la justification des mesures était demandée. Dans ces circonstances, ce serait manquer d'impartialité que de soumettre l'Union européenne à un critère asymétriquement strict et formaliste pour l'évaluation du point de savoir si la justification qu'elle a fournie a été formulée "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" de l'article 2.

7.679. Le Groupe spécial a examiné les lettres ou autres documents (par exemple, des fiches d'information) que des fonctionnaires de l'UE ont fournis aux plaignants au cours de cette période, ainsi que les déclarations de l'Union européenne au Comité OTC, et estime qu'on peut avoir des raisons de douter que les différents documents et déclarations satisfassent à l'obligation d'"expliquer la justification" des règlements techniques en cause "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4".

7.680. La réponse de l'Union européenne aux préoccupations exprimées par la Malaisie consiste principalement à contester que les mesures en cause soient des "règlements techniques" et à soutenir que ces mesures n'"interdisent" pas, ni même ne "restreignent" les importations d'huile de palme ou de biocarburant dérivé de l'huile de palme dans l'UE. Il n'est pas certain que ces considérations puissent être qualifiées d'explications de la justification de la mesure, au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4 de l'article 2 ou d'une autre manière. Les réponses de l'Union européenne comprennent aussi des déclarations qui pourraient plutôt être qualifiées de descriptions générales des caractéristiques fondamentales des mesures que d'éléments de justification.

7.681. Le Groupe spécial ne juge pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si les lettres ou autres documents versés au dossier suffisent à "expliquer la justification" aux fins de l'article 2.5. Pour les raisons exposées plus haut, le texte des instruments juridiques pertinents eux-mêmes "explique la justification", de façon claire, tant de la part maximale de 7% que de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

7.682. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a pas établi que l'Union européenne n'avait pas "expliqué la justification" de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4 de l'article 2.

#### 7.1.2.5.6 Conclusion concernant l'article 2.5

7.683. Le Groupe spécial conclut que la Malaisie n'a pas établi que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'Accord OTC en n'expliquant pas la justification de l'élaboration, de l'adoption ou de l'application de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'Accord OTC.

### 7.1.2.6 Article 2.8 – Prescriptions définies en fonction des propriétés d'emploi

#### 7.1.2.6.1 Introduction

7.684. Le Groupe spécial passe maintenant à l'allégation au titre de l'article 2.8 de l'Accord OTC, concernant l'obligation de définir les règlements techniques en fonction des "propriétés d'emploi" du produit plutôt que de sa "conception" ou de ses caractéristiques "descriptives", dans tous les cas où cela sera approprié.

7.685. La Malaisie estime[999] que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS du biocarburant dérivé de l'huile de palme est fondée sur un concept abstrait et non justifié de risque élevé de CIAS plutôt que sur les "propriétés d'emploi" de ce biocarburant et est donc incompatible avec l'article 2.8. Plus spécifiquement, elle soutient que le "risque élevé de CIAS" est une caractéristique "descriptive" pour laquelle il n'y a pas de fondement scientifique et qui n'est pas liée à la performance environnementale. En outre, la Malaisie fait valoir que, pour identifier les biocarburants qui ne devraient pas être comptabilisés aux fins de la réalisation de ses objectifs en

[999] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 723 à 729; deuxième communication écrite, paragraphes 268 à 272; réponses aux questions du Groupe spécial, pages 89 et 90; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial, page 243.

matière d'énergies renouvelables en raison de leur impact environnemental négatif, l'Union européenne aurait pu établir les règlements techniques en cause sur la base des normes ISO pertinentes, et aurait dû le faire, ce qui lui aurait permis de définir des prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi.

7.686. L'Union européenne estime[1000] que la Malaisie n'a pas établi qu'il y avait violation de l'article 2.8. Plus spécifiquement, l'Union européenne estime que la Malaisie n'a pas étayé sa position selon laquelle le risque de CIAS n'est pas lié à la performance environnementale. Enfin, l'Union européenne fait valoir que la Malaisie n'a pas expliqué pourquoi les normes ISO devraient être utilisées pour répondre aux préoccupations légitimes de l'Union européenne en matière de politique générale en ce qui concerne les effets des CIAS alors que la Malaisie a elle-même reconnu que ces normes ISO n'englobaient actuellement pas les émissions liées aux CIAS.

#### 7.1.2.6.2 Critère juridique

7.687. L'article 2.8 énonce l'obligation suivante:

> 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.

7.688. L'article 2.8 a été interprété et appliqué dans une seule affaire antérieure, à savoir le différend *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à cette affaire.

7.689. Pour établir qu'il y a une incompatibilité avec l'article 2.8, un plaignant doit démontrer que:

a. le règlement technique en cause définit des prescriptions relatives au produit en fonction de "[la] conception ou [des] caractéristiques descriptives" du produit plutôt que de ses "propriétés d'emploi"; et

b. il est "approprié" de définir ces prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives.

7.690. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 2.8 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.2.6.3 Évaluation du Groupe spécial

7.691. Le Groupe spécial examine tout d'abord si le règlement technique en cause définit des prescriptions relatives au produit en fonction de la conception ou des caractéristiques descriptives du produit plutôt que de ses propriétés d'emploi.

7.692. Comme il a été établi plus haut dans la section 7.1.2.1, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est un "règlement technique" au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. Le Groupe spécial a conclu qu'elle énonçait une "caractéristique de produit" du biocarburant, à savoir que celui–ci était produit à partir d'une matière première particulière qui avait été identifiée comme présentant un risque élevé de CIAS, et que, d'après cette caractéristique du produit, elle prévoyait des règles spécifiques sur la mesure dans laquelle ce biocarburant pouvait être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables.

7.693. D'après ce que le Groupe spécial comprend, l'expression "prescriptions relatives au produit" figurant à l'article 2.8 fait référence aux "caractéristiques du produit" énoncées dans un règlement technique et il ne voit pas de désaccord entre les parties sur ce point. Par conséquent, ce que la Malaisie doit démontrer, c'est que la caractéristique du produit mentionnée plus haut, à savoir, être produit à partir d'une matière première particulière qui a été identifiée comme présentant un risque

[1000] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1009 à 1021; deuxième communication écrite, paragraphes 171 à 176; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 743 à 749.

élevé de CIAS, est une caractéristique du produit qui a été définie en fonction de la "conception" ou des caractéristiques "descriptives" du produit plutôt que de ses "propriétés d'emploi". À cet égard, le Groupe spécial note que, aux fins de la présente allégation, la Malaisie met spécifiquement l'accent sur une classification des matières premières à risque élevé de CIAS dans le cadre de la prescription relative au produit susmentionnée, et il ne voit aucun problème à cela.

7.694. La Malaisie estime que le risque élevé de CIAS est un concept abstrait et non justifié pour lequel il n'y a pas de fondement scientifique et qui n'est pas lié à la performance environnementale.[1001] L'Union européenne estime que la Malaisie n'a pas étayé sa position selon laquelle le risque de CIAS n'est pas lié à la "performance environnementale".[1002]

7.695. Le Groupe spécial voit deux problèmes avec les arguments de la Malaisie qui soulèvent, individuellement et collectivement, la question de savoir si celle–ci a établi des éléments *prima facie*.[1003] Le premier problème est que les arguments de la Malaisie au titre de l'article 2.8 semblent consister en une simple répétition de points soulevés au titre d'autres allégations sans que ceux–ci soient correctement développés ou étayés aux fins de la présente allégation.[1004] En particulier, la Malaisie n'explique pas pourquoi l'absence alléguée d'un fondement scientifique ou l'absence alléguée de rapport avec ce qu'elle dénomme la "performance environnementale" fait de la prescription relative au produit une prescription qui est définie en fonction de la "conception" ou des caractéristiques "descriptives" du produit. Le Groupe spécial note à cet égard que ce n'est pas la tâche d'un groupe spécial, mais celle du plaignant, de rapporter les faits allégués aux arguments juridiques qui étayent une allégation d'incompatibilité.[1005]

7.696. Le deuxième problème est le recours de la Malaisie à la notion de "performance environnementale" – un concept qu'elle n'explique pas. Le Groupe spécial suppose que cette expression désigne les effets, c'est–à–dire l'incidence négative, d'un produit donné sur l'environnement. Dans l'affirmative, il peut se poser la question de savoir si cela correspond au sens voulu de l'expression "propriétés d'emploi" à l'article 2.8.

7.697. Le Groupe spécial note que, comme la Malaisie le souligne elle–même, le sens ordinaire de "performance" (propriétés d'emploi), sur lequel le Groupe spécial chargé de l'affaire *CE – Sardines* s'est appuyé pour interpréter ce terme à l'article 2.8, est "mode d'utilisation ou de fonctionnement, en général du point de vue de l'efficacité".[1006] Comme cette définition l'indique clairement, l'expression "performance" est axée sur le mode d'utilisation et de fonctionnement du produit lui–même. Cela est confirmé par les versions française et espagnole du texte de l'Accord, dans lesquelles "performance" est traduit, respectivement, par "*propriétés d'emploi*" et par "*propiedades de uso y empleo*".[1007] Compte tenu de ce sens, on peut douter que la "performance environnementale" d'un produit, du moins en ce qui concerne les effets indirects sur l'environnement qui sont examinés en l'espèce, puisse être considérée comme relevant des "propriétés d'emploi" au sens de l'article 2.8. Toutefois, à supposer qu'elle puisse l'être, la question se pose alors de savoir pourquoi la classification en tant que produit à risque élevé de CIAS (par opposition à la quantification des émissions de GES fondée sur l'ACV que la Malaisie propose, comme il est expliqué plus loin) ne pourrait pas aussi être considérée comme relevant de la "performance environnementale". Cela, la Malaisie ne l'a pas expliqué.

[1001] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 723 et 726; et deuxième communication écrite, paragraphe 270.

[1002] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1019; et deuxième communication écrite, paragraphe 176.

[1003] 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. (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16)

[1004] Voir aussi Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1019.

[1005] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140.

[1006] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 725 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphe 7.81).

[1007] Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, le Groupe spécial a également interprété l'expression "propriétés d'emploi" comme étant une question de "fonction" et, dans ce contexte, il a fait référence aux traductions de "performance" en français et en espagnol à l'article 2.8. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes* aux clous de girofle, paragraphe 7.493 et note de bas de page 863)

7.698. Le Groupe spécial ne juge pas nécessaire de se prononcer définitivement sur ces questions, parce que, en tout état de cause, même si la Malaisie avait démontré que le risque élevé de CIAS était défini en fonction de la "conception" ou des caractéristiques "descriptives" du produit plutôt que de ses "propriétés d'emploi", elle aurait dû encore démontrer qu'il était *approprié* de définir la prescription relative au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives. Pour les raisons qui suivent, le Groupe spécial conclut que la Malaisie ne l'a pas fait.

7.699. La Malaisie fonde son argument à cet égard sur l'existence des quatre normes ISO examinées plus haut dans la section 7.1.2.2. Comme il a été examiné plus haut, ces normes prévoient une quantification des émissions de GES provenant des biocarburants fondée sur l'ACV, de laquelle elles excluent explicitement les effets des CIAS. La Malaisie estime que l'Union européenne aurait pu établir les règlements techniques en cause sur la base des normes ISO pertinentes, et aurait dû le faire, ce qui lui aurait permis de définir des prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi. La Malaisie considère que les quatre normes ISO sont pertinentes pour ce qui est de fournir de la teneur et un contexte à l'expression "dans tous les cas où cela sera approprié" en l'espèce.[1008] Toutefois, la Malaisie est également d'avis que son allégation d'incompatibilité avec l'article 2.8 resterait valable même si les quatre normes ISO "n'étaient pas considérées comme qualifiant le "caractère approprié" de mesures techniques dans ce contexte".[1009] L'Union européenne estime que les normes ISO respectives sont dénuées de pertinence, inappropriées et inefficaces pour réaliser les objectifs légitimes recherchés par les mesures contestées et que, par conséquent, l'allégation de la Malaisie est sans fondement.[1010]

7.700. Le Groupe spécial note qu'il a déjà examiné la question de savoir si les mesures auraient dû être fondées sur les quatre normes ISO dans le contexte de l'allégation formulée par la Malaisie au titre de l'article 2.4. Le Groupe spécial rappelle que l'article 2.4 énonce l'obligation d'utiliser les normes internationales pertinentes comme base des règlements techniques et que cette obligation figure dans l'Accord OTC. L'obligation énoncée à l'article 2.8 est différente de celle qui est énoncée à l'article 2.4, puisqu'il s'agit de définir les caractéristiques du produit en fonction des propriétés d'emploi, dans les cas où cela sera approprié. Le terme "appropriate" (approprié) dans ce contexte a été interprété comme signifiant "suitable, proper, or fitting" (adapté, adéquat, ou correct).[1011]

7.701. Bien que l'article 2.8 ne porte pas sur les normes internationales *per se*, le Groupe spécial admet qu'un plaignant peut établir des éléments *prima facie* au titre de l'article 2.8 en faisant référence aux normes internationales pertinentes à titre d'argument, et d'élément de preuve, concernant les raisons pour lesquelles il est approprié de définir une caractéristique particulière du produit en fonction des propriétés d'emploi. D'après ce que le Groupe spécial comprend, c'est ce que la Malaisie a fait. Bien qu'il puisse y avoir d'autres moyens d'établir le "caractère approprié", la Malaisie n'a avancé aucun autre argument à cet égard.

7.702. Toutefois, dans le cadre de l'article 2.4, le Groupe spécial a constaté que les quatre normes ISO n'étaient pas pertinentes au titre de cet article parce qu'elles ne traitent pas de ce qui est visé par les mesures en cause, à savoir la prise en compte des CIAS.[1012] Les CIAS – et plus spécifiquement le risque élevé de CIAS – sont également en cause en l'espèce en tant que (partie de la) "prescription relative au produit" qui, d'après les allégations, n'a pas été définie en fonction des "propriétés d'emploi" et qui, selon la Malaisie, aurait dû l'être. Étant donné que les quatre normes ne traitent pas de la prise en compte des CIAS, elles ne peuvent pas indiquer pourquoi – ni, d'ailleurs, de quelle manière – il est approprié de définir le risque élevé de CIAS en fonction des "propriétés d'emploi". En fait, d'après ce que le Groupe spécial comprend, au lieu d'être axé sur la *manière* dont les CIAS doivent être définis, l'argument de la Malaisie vise en fin de compte à la suppression pure et simple des CIAS en tant que prescription relative au produit, précisément au motif que les normes ISO ne traitent pas de ceux–ci. Or, à l'article 2.8, la question n'est *pas du tout* de savoir si une "prescription relative au produit" donnée devrait *exister*, mais seulement de quelle *manière* elle devrait être définie.

[1008] Malaisie, réponse à la question n° 138 du Groupe spécial, paragraphe 89.
[1009] Malaisie, réponse à la question n° 138 du Groupe spécial, paragraphe 90.
[1010] Union européenne, réponse à la question n° 138 du Groupe spécial, paragraphe 748.
[1011] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.489 (faisant référence au rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 285).
[1012] Voir plus haut le paragraphe 7.186.

7.703. Le recours de la Malaisie aux quatre normes ISO est donc infondé, étant donné que ces normes ne traitent pas des CIAS et que, pour cette raison, elles ne sont pas pertinentes pour la question de savoir s'il est approprié de définir le risque élevé de CIAS en fonction des propriétés d'emploi (s'il n'est pas, d'après les allégations, défini en fonction de celles–ci). Comme il est relevé plus haut, la Malaisie n'a présenté aucun autre argument sur cette question.

#### 7.1.2.6.4 Conclusion concernant l'article 2.8

7.704. Le Groupe spécial conclut que la Malaisie n'a pas établi que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 2.8 de l'Accord OTC de définir, dans tous les cas où cela serait approprié, les règlements techniques en fonction des propriétés d'emploi plutôt que de la conception ou des caractéristiques descriptives.

### 7.1.2.7 Article 2.9.2 et 2.9.4 – Règlements techniques projetés

#### 7.1.2.7.1 Introduction

7.705. Le Groupe spécial passe maintenant aux allégations formulées au titre de l'article 2.9 de l'Accord OTC, s'agissant des obligations distinctes en matière de transparence énoncées à l'article 2.9.2 et à l'article 2.9.4. Il examine ces allégations ensemble étant donné la relation entre ces dispositions et la manière dont les parties ont développé leurs arguments en l'espèce.

7.706. La Malaisie estime[1013] que l'Union européenne a violé l'article 2.9.2 et 2.9.4 i) en ne notifiant pas les propositions relatives à la Directive RED II et au Règlement délégué; et ii) en n'organisant pas un processus valable de présentation d'observations sur les propositions relatives à la Directive RED II et au Règlement délégué. Plus spécifiquement, elle fait observer que: i) les conditions énoncées dans le texte introductif de l'article 2.9 sont remplies; ii) il n'y a pas eu de notification de la Directive RED II et du Règlement délégué projetés dans le Système de gestion des renseignements OTC (TBT IMS), ce qui est contraire à l'article 2.9.2; et iii) parce qu'il n'y a pas eu de notification des mesures projetées, il n'a pas pu y avoir de processus valable de présentation d'observations conformément à l'article 2.9.4. En outre, de par sa durée, le processus informel de retour d'information pour le Règlement délégué était inadapté, parce qu'il n'aurait pas été suffisant pour permettre aux Membres de l'OMC de formuler des observations et pour permettre à l'Union européenne d'examiner celles–ci et de prendre en compte toute observation et discussion dans le cadre de son processus.

7.707. L'Union européenne estime[1014] qu'elle n'était pas tenue de satisfaire aux prescriptions procédurales énoncées à l'article 2.9.2 et 2.9.4 parce que les mesures en cause ne sont pas des règlements techniques et que la Malaisie n'a pas démontré par ailleurs qu'il y avait violation de ces dispositions. Elle indique que, "d'un point de vue factuel", elle reconnaît qu'il n'y a pas eu de notification au titre de l'article 2.9.2, ni de processus formel de présentation d'observations au titre de l'article 2.9.4.[1015] Elle fait référence aux vastes "consultations avec les parties prenantes" qui se sont tenues durant l'élaboration des propositions législatives, mais elle ne formule pas d'observation sur la nature et l'étendue du "processus de présentation d'observations".[1016]

#### 7.1.2.7.2 Critère juridique

7.708. L'article 2.9 énonce plusieurs obligations distinctes en matière de transparence en ce qui concerne les règlements techniques projetés:

> 2.9 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

[1013] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 730 à 738; et deuxième communication écrite, paragraphes 273 et 274.
[1014] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1022 à 1028; et deuxième communication écrite, paragraphes 177 et 178.
[1015] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1024.
[1016] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1026; et deuxième communication écrite, paragraphe 178 (faisant référence à la pièce EU-13).

normes internationales pertinentes, et si le règlement technique peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, les Membres:

2.9.1 feront paraître dans une publication, assez tôt pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance, un avis selon lequel ils projettent d'adopter un règlement technique déterminé;

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 ménageront, sans discrimination, un délai raisonnable aux autres Membres pour leur permettre de présenter leurs observations par écrit, discuteront de ces observations si demande leur en est faite, et tiendront compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions.

7.709. L'article 2.9 a été interprété et appliqué dans une seule affaire antérieure, le différend *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à cette affaire.

7.710. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 2.9 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.2.7.3 Texte introductif de l'article 2.9

7.711. Les obligations au titre de l'article 2.9 s'appliquent en ce qui concerne un règlement technique lorsque les deux conditions énoncées dans le texte introductif dudit article sont remplies, à savoir:

a. il n'existe pas de norme internationale pertinente, ou la teneur technique d'un règlement technique projeté n'est pas conforme à celle des normes internationales pertinentes; et

b. le règlement technique projeté peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres.

7.712. Pour ce qui est de la première condition, la Malaisie fait valoir que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS n'est pas conforme aux normes internationales pertinentes. Elle fait valoir à titre subsidiaire qu'il n'existe pas de norme internationale pertinente. En ce qui concerne la part maximale de 7%, la Malaisie fait valoir qu'il n'existe pas de norme internationale pertinente.[1017]

7.713. L'Union européenne fait valoir que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne sont pas des règlements techniques, de sorte que les obligations procédurales énoncées à l'article 2.9 ne s'appliquent pas.[1018] À part cela, elle ne répond pas spécifiquement à l'argument de la Malaisie en ce qui concerne la première condition.

7.714. Le Groupe spécial rappelle sa constatation, formulée plus haut dans le contexte de l'examen de l'allégation formulée par la Malaisie au titre de l'article 2.4 de l'Accord OTC, selon laquelle il n'y a pas de norme internationale pertinente pour la part maximale de 7% et la mesure plafond et

[1017] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 735.
[1018] Voir Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1023.

élimination progressive pour risque élevé de CIAS. En conséquence, il est satisfait à la première condition du texte introductif.

7.715. Pour ce qui est de la deuxième condition énoncée dans le texte introductif, la Malaisie soutient que les règlements techniques en cause ont un effet notable sur ses échanges avec l'Union européenne.[1019]

7.716. L'Union européenne ne répond pas spécifiquement à l'argument de la Malaisie sur cette condition.

7.717. Le Groupe spécial rappelle sa constatation, formulée plus haut dans le cadre de l'examen de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.5 de l'Accord OTC, selon laquelle la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques "pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres" aux fins de l'article 2.5 et 2.9 de l'Accord OTC.

7.718. Sur cette base, le Groupe spécial constate qu'il est satisfait aux conditions énoncées dans le texte introductif de l'article 2.9.

#### 7.1.2.7.4 Article 2.9.2 – Notification des règlements techniques projetés

7.719. Le Groupe spécial rappelle que "[l]a transparence est une pierre angulaire de l'Accord OTC"[1020], et que l'article 2.9.2 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".[1021]

7.720. Plus spécifiquement, l'article 2.9.2 prescrit que les Membres doivent "notifier[] aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat" les produits qui seront visés par un règlement technique projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être. La notification au titre de l'article 2.9.2 doit être faite au niveau multilatéral au Secrétariat de l'OMC, par exemple au moyen de ce qui est maintenant la "Plate–forme ePing SPS et OTC" (et précédemment, le système TBT IMS).[1022] Le fait que les mêmes renseignements soient mis à la disposition du public d'une autre manière est insuffisant pour satisfaire à cette obligation. En outre, la notification n'est pas liée à la demande d'un autre Membre.[1023] L'obligation de notification s'applique "assez tôt", lorsque des modifications peuvent encore être apportées et que les observations peuvent encore être prises en compte; par conséquent, le ou les règlements techniques en cause ne peuvent pas avoir été promulgués ou adoptés avant la notification.[1024]

7.721. La Malaisie fait valoir que les propositions concernant la Directive RED II et le Règlement délégué n'ont pas été notifiées au Secrétariat de l'OMC par l'intermédiaire du système TBT IMS.[1025] L'Union européenne reconnaît que, "d'un point de vue factuel", il n'y a pas eu de notification au titre de l'article 2.9.2.[1026]

7.722. Le Groupe spécial conclut que, en l'absence de toute notification des propositions concernant la Directive RED II et le Règlement délégué (qui établissent la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la part maximale de 7%)[1027], confirmée par les recherches

[1019] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 735.
[1020] https://www.wto.org/french/tratop_f/tbt_f/tbt_f.htm.
[1021] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.536.
[1022] Le système TBT IMS est maintenant remplacé par la Plate-forme ePing SPS et OTC. Voir https://eping.wto.org/fr; https://www.wto.org/french/tratop_f/tbt_f/tbt_notifications_f.htm.
[1023] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.535, 7.540 et 7.541.
[1024] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.536. Le Groupe spécial note que les circonstances du présent différend ne sont pas (et on ne fait pas valoir qu'elles le sont) celles de l'article 2.10, au titre duquel les Membres sont exemptés des obligations énoncées à l'article 2.9 dans certaines circonstances.
[1025] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 736.
[1026] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1024.
[1027] Voir la description faite par le Groupe spécial de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et de la part maximale de 7% dans la section 2.3 du présent rapport.

de la Malaisie dans le système TBT IMS et par la propre déclaration de l'Union européenne, celle–ci ne s'est pas conformée à ses obligations au titre de l'article 2.9.2 de l'Accord OTC.

#### 7.1.2.7.5 Article 2.9.4 – processus de présentation d'observations concernant les règlements techniques projetés

7.723. L'article 2.9.4 prescrit, en ce qui concerne les règlements techniques projetés, que les Membres doivent ménager un délai raisonnable aux autres Membres pour leur permettre de présenter leurs observations par écrit, discuter de ces observations si demande leur en est faite, et tenir compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions. Le libellé de l'article 2.9.4 indique que cette obligation consiste à ménager la possibilité de présenter des observations et de tenir des discussions, et de prendre en compte ces observations et discussions au niveau national.

7.724. L'article 2.9.4 n'a été traité dans aucun différend antérieur soumis à l'OMC. Toutefois, le Comité OTC a fourni, à différents intervalles, des orientations s'agissant des délais pour la présentation des observations concernant les règlements techniques notifiés au titre de l'article 2.9.4.

7.725. En 2000 et 2003, le Comité OTC est convenu de ce qui suit: i) le délai normal de présentation des observations devrait être de 60 jours. Tout Membre qui est en mesure d'accorder un délai supérieur à 60 jours, par exemple 90 jours, est encouragé à le faire et devrait l'indiquer dans la notification[1028]; et ii) pour améliorer la capacité des pays en développement Membres de formuler des observations sur les notifications, et conformément au principe du traitement spécial et différencié, les pays développés Membres sont encouragés à ménager un délai supérieur à 60 jours pour la présentation d'observations.[1029]

7.726. En 2009, le Comité OTC est convenu de ce qui suit[1030]: i) rappeler sa recommandation antérieure visant à ce que le délai normal pour la présentation d'observations soit d'au moins 60 jours, et son encouragement aux Membres à ménager, chaque fois que cela est possible, une échéance supérieure à 60 jours, par exemple une échéance de 90 jours; ii) rappeler que les pays développés Membres sont encouragés à ménager un délai supérieur à 60 jours pour la présentation d'observations afin d'améliorer la capacité des pays en développement Membres de formuler des observations sur les notifications conformément au principe du traitement spécial et différencié; et iii) réaffirmer qu'un délai insuffisant pour la présentation d'observations sur les règlements techniques et les procédures d'évaluation de la conformité projetés peut empêcher les Membres d'exercer correctement leur droit de présenter des observations.[1031]

7.727. La Malaisie fait valoir qu'il n'y pas eu de processus valable de présentation d'observations en raison de l'absence de notification au titre de l'article 2.9.2.[1032] Elle fait valoir également que l'Union européenne ne s'est pas acquittée de ses obligations en organisant un processus informel de retour d'information dans le cadre duquel les citoyens et les parties prenantes pouvaient présenter des observations sur le Règlement délégué projeté via une plate–forme électronique; le processus se limitait à inviter le public (c'est–à–dire, y compris les Membres de l'OMC) à compléter la partie réservée aux observations sur une page Web.[1033] La Malaisie note que la période accordée pour le retour d'information allait du 8 février 2019 au 8 mars 2019 et que le Règlement délégué a été adopté le 13 mars 2019.[1034] De l'avis de la Malaisie, l'Union européenne n'a donc pas organisé un

[1028] Comité OTC, Deuxième examen triennal du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord OTC, G/TBT/9, 13 novembre 2000 (G/TBT/9), paragraphe 13 et Annexe 3, page 22.
[1029] Comité OTC, Troisième examen triennal du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord OTC, G/TBT/13, 11 novembre 2003 (G/TBT/13), paragraphe 26.
[1030] Comité OTC, Cinquième examen triennal du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord OTC, G/TBT/26, 13 novembre 2009 (G/TBT/26), paragraphes 39 et 40.
[1031] Le Groupe spécial note que les mêmes indications s'appliquent *mutatis mutandis* à l'obligation énoncée à l'article 5.6.4, qui concerne le processus équivalent pour la présentation d'observations concernant les procédures d'évaluation de la conformité projetées.
[1032] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 274 (faisant référence à Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1024).
[1033] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 274 (faisant référence à Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1024).
[1034] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 737.

processus valable de présentation d'observations sur la proposition relative au Règlement délégué.[1035]

7.728. L'Union européenne répond qu'elle n'était pas tenue de satisfaire aux prescriptions procédurales énoncées à l'article 2.9.4 parce que les mesures en cause ne sont pas des règlements techniques, mais elle reconnaît que, "d'un point de vue factuel", il n'a pas été fait de notification au titre de l'article 2.9.2 et il n'a pas été organisé de processus formel de présentation d'observations au titre de l'article 2.9.4.[1036] Elle fait en outre référence aux "vastes consultations avec les parties prenantes" qui se sont tenues durant l'"élaboration des propositions législatives", y compris une consultation publique de 12 semaines, un atelier destiné aux parties prenantes tenu le 5 février 2016, une conférence destinée aux parties prenantes tenue le 12 mai 2016 avec des "pays tiers", une discussion spécifique tenue au Forum de régulation de l'électricité à Florence et de "nombreuses discussions bilatérales"[1037], mais elle ne formule pas d'observation quant à la nature et à l'étendue du processus de présentation d'observations.[1038]

7.729. Le Groupe spécial note que l'article 2.9.4 concerne une période pour la présentation d'observations au sujet des règlements techniques projetés. L'ordre des obligations énoncées à l'article 2.9.2 (notification au niveau multilatéral d'un projet de règlement technique complet) et 2.9.4 (le processus de présentation d'observations évoqué dans l'article 2.9.2) indique que cette période pour la présentation d'observations devrait se situer après qu'un projet de règlement technique complet a été notifié et avant que ce projet soit adopté et publié conformément à l'article 2.11 de l'Accord OTC. Cela découle du fait que l'obligation de notifier énoncée à l'article 2.9.2 se rapporte à l'obligation de prévoir une période pour la présentation d'observations au titre de l'article 2.9.4, et qu'elle a une incidence sur cette obligation. Par conséquent, ne pas notifier un projet de règlement technique assez tôt, de la manière prescrite par l'article 2.9.2, a une incidence sur la capacité d'un Membre de s'acquitter de ses obligations au titre de l'article 2.9.4.[1039]

7.730. En outre, même à supposer qu'une période pour la présentation d'observations ait commencé raisonnablement assez tôt (en l'absence de toute notification au titre de l'article 2.9.2), en l'espèce, il n'est pas contesté que la période accordée pour le retour d'information n'a été que d'un mois. C'est moins que la période *minimale* de 60 jours recommandée pour la présentation d'observations. En outre, disposer de quatre jours seulement pour traiter les observations ou tenir des discussions est insuffisant par rapport à la période prévue pour donner effet aux obligations énoncées à l'article 2.9.4. Cela est contraire aux recommandations actuelles du Comité OTC selon lesquelles il devrait être accordé aux pays en développement Membres un délai de plus de 60 jours au titre de l'article 2.9.4.[1040]

7.731. Ces facteurs considérés ensemble et la déclaration de l'Union européenne, selon laquelle "d'un point de vue factuel" elle reconnaît qu'il n'y a pas eu de publication, de notification formelle ni de procédure organisée pour la présentation d'observations aux fins de l'article 2.9.4, établissent qu'il y a violation dudit article.

#### 7.1.2.7.6 Conclusion concernant l'article 2.9.2 et 2.9.4

7.732. Le Groupe spécial conclut que l'Union européenne a agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.2 en ne notifiant pas la part maximale de 7% projetée et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS projetée.

---

[1035] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 737 (faisant référence à Projet de règlement délégué (pièce MYS-50)).

[1036] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1023, 1024 et 1028; et deuxième communication écrite, paragraphe 177.

[1037] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1026; et deuxième communication écrite, paragraphe 178 (faisant référence à European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (recast), COM(2016) 767 final (30 November 2016) (pièce EU-13), page 11).

[1038] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1026.

[1039] Voir aussi le rapport du Groupe spécial *Inde – Produits agricoles*, dans lequel celui-ci a suivi un raisonnement analogue pour évaluer une allégation au titre de l'Annexe B 5) d) de l'Accord SPS, qui contient une obligation de notification presque identique à celle qui est énoncée à l'article 2.9.4. (*Ibid.*, paragraphe 7.795)

[1040] G/TBT/26, paragraphes 39 et 40.

7.733. Le Groupe spécial constate que l'Union européenne a agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9.4 en n'organisant pas un processus de présentation d'observations concernant la part maximale de 7% projetée et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS projetée conformément aux prescriptions de cette disposition.

### 7.1.3 Allégations au titre de l'article 5 de l'Accord OTC

#### 7.1.3.1 Annexe 1.3 – Existence d'une "procédure d'évaluation de la conformité"

##### 7.1.3.1.1 Introduction

7.734. Le Groupe spécial passe à présent aux allégations au titre de l'article 5 de l'Accord OTC. Il commence par la question liminaire qui est de savoir si les dispositions concernant la certification relative au faible risque de CIAS peuvent être considérées comme une "procédure d'évaluation de la conformité" au sens de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC. Il examine ensuite si les conditions restantes de l'applicabilité de l'article 5 sont réunies.

7.735. La Malaisie estime[1041] que les dispositions concernant la certification relative au faible risque de CIAS peuvent être considérées comme une "procédure d'évaluation de la conformité" au sens de l'Annexe 1.3. Plus particulièrement, elle fait valoir que les articles 4 à 6 du Règlement délégué imposent des conditions générales ou des prescriptions cumulatives relatives à la certification des biocarburants présentant un faible risque de CIAS, qui déterminent à leur tour si ces biocarburants peuvent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables dans les limites de la part maximale de 7% sans aucune limitation imposée par la mesure plafond et élimination progressive. La Malaisie précise que, tandis que les articles 4 et 5 du Règlement délégué établissent les critères pour la certification d'un biocarburant présentant un risque élevé de CIAS comme biocarburant présentant un faible risque de CIAS, l'article 6 fait référence à la nécessité de fournir des informations fiables, de prévoir un contrôle indépendant et d'apporter la preuve que des audits sont réalisés.[1042]

7.736. L'Union européenne estime[1043] que le régime de l'UE applicable aux biocarburants n'est pas une procédure d'évaluation de la conformité et que les dispositions concernant la certification relative au faible risque de CIAS ne peuvent pas être considérées comme une procédure d'évaluation de la conformité, en particulier parce qu'il n'y a pas de règlement technique sous–jacent avec lequel évaluer la conformité. Elle fait valoir en outre que la Malaisie n'a pas adéquatement indiqué quelle était la procédure d'évaluation de la conformité alléguée, distincte du règlement technique allégué avec lequel elle visait à établir la conformité; à cet égard, l'Union européenne fait valoir que la Malaisie ne peut pas s'appuyer sur les mêmes dispositions comme équivalant à la fois à un règlement technique et à une procédure d'évaluation de la conformité.[1044]

##### 7.1.3.1.2 Critère juridique

7.737. Comme l'indique son titre, l'article 5 s'applique aux "procédures d'évaluation de la conformité". L'article 1.2 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 1.3 définit les "procédures d'évaluation de la conformité" comme suit:

> Toute procédure utilisée, directement ou indirectement, pour déterminer que les prescriptions pertinentes des règlements techniques ou des normes sont respectées.

7.738. La *note explicative* relative à l'Annexe 1.3 indique ce qui suit:

---

[1041] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 739 à 744; deuxième communication écrite, paragraphes 277 à 281; et réponses à la deuxième série de questions du Groupe spécial, paragraphes 90 à 93.

[1042] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 742.

[1043] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1029 à 1035; deuxième communication écrite, paragraphes 179 et 180; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 750 à 756; et observations sur les réponses de la Malaisie aux questions du Groupe spécial, paragraphes 243 à 273.

[1044] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1033 et 1034; et deuxième communication écrite, paragraphe 180.

> Les procédures d'évaluation de la conformité comprennent, entre autres, les procédures d'échantillonnage, d'essai et d'inspection; les procédures d'évaluation, de vérification et d'assurance de la conformité; les procédures d'enregistrement, d'accréditation et d'homologation; et leurs combinaisons.

7.739. La définition d'une "procédure d'évaluation de la conformité" figurant à l'Annexe 1.3 a été interprétée et appliquée dans un certain nombre d'affaires antérieures[1045], auxquelles les deux parties se réfèrent lorsqu'elles présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable pour l'évaluation de cette définition. Bien que les arguments des parties reflètent leurs vues divergentes sur la manière dont les constatations établies dans des affaires antérieures sont pertinentes pour les faits en l'espèce, il apparaît qu'il n'y a pas de désaccord fondamental entre les parties sur les éléments de ce critère, tels que décrits ci–après.

7.740. Les composantes suivantes sont discernables dans l'Annexe 1.3 et la *note explicative* y relative:

a. "[t]oute procédure", y compris, entre autres, "les procédures d'échantillonnage, d'essai et d'inspection; les procédures d'évaluation, de vérification et d'assurance de la conformité; les procédures d'enregistrement, d'accréditation et d'homologation; et leurs combinaisons";

b. qui est "utilisée, directement ou indirectement", pour "déterminer" que les "prescriptions pertinentes des règlements techniques … sont respectées".

7.741. En d'autres termes, l'Annexe 1.3 indique que le point de savoir si une mesure équivaut à une procédure d'évaluation de la conformité dépend de sa nature et de son but. Pour ce qui est de sa *nature*, l'Accord OTC définit les procédures d'évaluation de la conformité d'une manière très large, puisque "toute" procédure est en principe couverte, quoique des exemples spécifiques soient donnés. S'agissant de son *but*, la procédure doit être conçue avec pour fonction spécifique d'être utilisée directement ou indirectement pour déterminer que les prescriptions pertinentes d'un règlement ou d'une norme technique sont respectées.[1046]

7.742. La définition figurant à l'Annexe 1.3 distingue les "procédures d'évaluation de la conformité" des "prescriptions pertinentes des règlements techniques ou des normes" dont elles servent à établir le respect. Bien qu'une seule mesure ou un seul document puisse contenir à la fois un règlement technique et une procédure d'évaluation de la conformité, il s'agit de concepts distincts; l'une établit la conformité avec les prescriptions de l'autre.[1047] En d'autres termes, une procédure d'évaluation de la conformité est distincte, mais aussi dépend, de l'existence d'un règlement technique sous-jacent contenant les "prescriptions" dont la procédure vise à déterminer le respect.

7.743. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'Annexe 1.3 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.3.1.3 "toute procédure"

7.744. La Malaisie se réfère aux articles 4 à 6 du Règlement délégué, à la fois dans son indication d'une mesure de certification relative au faible risque de CIAS dont il est allégué qu'il s'agit d'une procédure d'évaluation de la conformité et en ce qui concerne le fond de ses allégations au titre de l'article 5. Le Groupe spécial examine d'abord le sens du terme "procédure" figurant à l'Annexe 1.3,

---

[1045] Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphes 5.119 et 5.120; rapports des Groupes spéciaux *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.511 à 7.513; et *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphes 7.240, 7.241 et 7.249. Voir aussi les rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 7.506, 7.507 et 7.510.

[1046] Les procédures d'évaluation de la conformité ont pour fonction de garantir que les règlements techniques ou les normes sous-jacents sont respectés. Cela est également confirmé par le libellé de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC, qui exige que les procédures d'évaluation de la conformité ne soient pas plus strictes ni appliquées de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire pour "donner au Membre importateur une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou normes applicables". (Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, note de bas de page 338)

[1047] Rapport du Groupe spécial *CE – Marques et indications géographiques (Australie)*, paragraphes 7.511 à 7.513.

avant d'évaluer si les dispositions identifiées comme se rapportant à la certification relative au faible risque de CIAS équivalent à "toute procédure" au sens de l'Annexe 1.3. Ce faisant, il identifiera la mesure considérée par la Malaisie comme étant la procédure d'évaluation de la conformité alléguée avant d'examiner si et dans quelle mesure il s'agit d'une "procédure" au sens de l'Annexe 1.3.

7.745. Le terme "procédure" n'est pas défini à l'Annexe 1.3.[1048] En revanche, l'Annexe 1.3 donne expressément des exemples de procédures pertinentes, à savoir les procédures d'échantillonnage, d'essai, d'inspection, de vérification, d'enregistrement, d'accréditation et d'homologation.[1049] Bien que le Guide ISO/CEI 2:1991 (dont les définitions s'appliquent à l'Accord OTC lorsqu'elles ne sont pas en conflit avec celles de l'Annexe 1[1050]) ne définisse pas le terme "procédure", des instruments ISO/CEI ultérieurs le font. En particulier, la norme ISO/CEI 17000:2004 (Évaluation de la conformité – vocabulaire et principes généraux) établit la terminologie et les définitions liées aux procédures d'évaluation de la conformité[1051], y compris une définition du terme "procédure". Le Groupe spécial note que cette définition ne semble pas être contraire à l'Annexe 1 ni au Guide ISO/CEI 2:1991. Bien qu'elles ne soient pas examinées par les parties, ces définitions sont pertinentes pour l'évaluation par le Groupe spécial du point de savoir si la Malaisie a identifié une mesure qui est une procédure d'évaluation de la conformité.[1052]

7.746. Dans la norme ISO/CEI 17000:2004, une "procédure" est définie comme étant une "manière spécifiée d'effectuer une activité ou un processus". La notion de "procédure" est par conséquent très large, étant donné que le fait d'effectuer une activité ou un processus peut être spécifié de nombreuses manières. L'Annexe 1.3 fait référence à "toute" procédure, et la liste d'exemples figurant dans la *note explicative* y relative est non exhaustive. Ces facteurs donnent à penser que le terme "procédure" couvre un vaste champ, en ce qui concerne la *forme* que peut prendre une procédure. De plus, la liste de la *note explicative* donne d'autres indications sur les types de procédures pertinentes, selon leur *fonction*.

7.747. Le Groupe spécial va à présent examiner si les dispositions identifiées comme se rapportant à la certification relative au faible risque de CIAS équivalent à "toute procédure" au sens de l'Annexe 1.3.

7.748. Le Groupe spécial comprend que, bien que sa position ne soit pas dénuée d'ambiguïté, la Malaisie indique en définitive une procédure de certification relative au faible risque de CIAS, telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué, comme la mesure qui, d'après ce qu'elle fait valoir, est une procédure d'évaluation de la conformité et est soumise aux disciplines énoncées à l'article 5 de l'Accord OTC.

---

[1048] L'Accord OTC établit l'ordre hiérarchique des définitions ci-après: i) les définitions spécifiques de l'Annexe 1 s'appliquent et prévalent sur toutes autres définitions contraires figurant dans d'autres instruments (article 1.2, Annexe 1.1 et Annexe 1.2); suivies par ii) toutes définitions figurant dans la sixième édition du Guide ISO/CEI 2:1991 (*Termes généraux et leurs définitions concernant la normalisation et les activités connexes*) qui ne sont pas contraires à celles de l'Annexe 1 (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 184, 353 et 354); et enfin iii) toutes autres définitions adoptées par le "système des Nations Unies" ou par "les organismes internationaux à activité normative" qui ne sont contraires ni à celles de l'Annexe 1 ni à celles du Guide ISO/CEI 2:1991 (voir l'article 1.1; et, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 184, 353 et 354 et note de bas de page 702 relative au paragraphe 353; et *CE – Sardines*, paragraphes 224 et 225). Le Groupe spécial considère que toutes définitions non contraires figurant dans les éditions ultérieures du Guide ISO/CEI 2:1991, ou d'autres définitions ISO/CEI distinctes pertinentes, relèveraient du troisième groupe.

[1049] Cette liste est non exhaustive, comme en témoigne l'emploi des termes "comprennent" et "entre autres" dans la *note explicative*.

[1050] L'Annexe 1 dispose que, lorsqu'ils sont utilisés dans l'Accord OTC, les termes indiqués dans la sixième édition du Guide ISO/CEI 2: 1991 – Termes généraux et leurs définitions concernant la normalisation et les activités connexes, auront le même sens que celui qui leur est donné dans les définitions dudit guide, sous réserve des définitions de certains termes établies à l'Annexe 1.

[1051] Voir la norme ISO/CEI 17000:2004 (*Évaluation de la conformité – vocabulaire et principes généraux*), paragraphe 4.3. Le Groupe spécial note que le Guide ISO/CEI 2:1991 a été remplacé en 1996 et en 2004. En 2004, lorsqu'a été adoptée la dernière version en date (Guide ISO/CEI 2:2004 (huitième édition)), toutes les sections relatives aux procédures d'évaluation de la conformité ont été supprimées.

[1052] Des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel se sont également appuyés sur certaines définitions ISO/CEI non examinées par les parties. Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 353 à 362.

7.749. La Malaisie fait plusieurs références à la notion de "certification" et au fait de "certifier" dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. En particulier, les paragraphes 32 vii) à xi) précisant ses allégations au titre de l'article 5 indiquent que c'est la *certification* relative au faible risque de CIAS qui est une *procédure* d'évaluation de la conformité d'après les allégations. La Malaisie établit un lien entre la certification relative au faible risque de CIAS et les mesures plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, indiquant que les biocarburants présentant un risque élevé de CIAS sont soumis à certaines limites "sauf si ces combustibles ou carburants sont certifiés comme étant à "faible risque de CIAS"".[1053] La Malaisie se réfère en outre aux "critères de certification" tels que l'article 4 du Règlement délégué, ce qui donne à penser que la certification évalue le respect de ces critères. Toutefois, elle n'indique pas de disposition législative spécifique énonçant une procédure de certification, se référant plutôt, d'une manière générale, au Règlement délégué en tant qu'instrument juridique pertinent.[1054] En outre, elle ne fait pas de distinction nette entre les critères d'accès à la certification et le processus de certification lui-même. Néanmoins, le Groupe spécial considère que, dans son ensemble, la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie explique la "certification relative au faible risque de CIAS" comme une procédure d'évaluation de la conformité qui évalue le respect des critères de fond énoncés à l'article 4 du Règlement délégué et établit un lien entre le (non-)fonctionnement de la certification relative au faible risque de CIAS et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

7.750. Le Groupe spécial note que l'indication d'une *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué est confirmée dans les autres communications écrites de la Malaisie[1055]:

a. La Malaisie affirme que "les articles 4 à 6 du Règlement délégué énoncent les règles spécifiques régissant la certification relative au faible risque de CIAS"[1056] et que la "certification relative au faible risque de CIAS" est "établie aux articles 4 à 6 du Règlement délégué"[1057]; elle explique en outre que l'article 3 du Règlement délégué énonce des critères cumulatifs pour la détermination de ce qu'est un biocarburant présentant un risque élevé de CIAS, les articles 4 et 5 énoncent les "critères qui doivent être remplis pour qu'un biocarburant produit à partir d'une matière première présentant un risque élevé de CIAS puisse être certifié comme présentant un faible risque de CIAS"[1058], et que l'article 6 du Règlement délégué énonce la "nécessité de fournir des informations fiables, de prévoir un contrôle indépendant et d'apporter la preuve que des audits sont réalisés, et de se conformer à l'article 30 de la Directive RED II".[1059]

b. La Malaisie se réfère à la certification relative au faible risque de CIAS comme à "une procédure utilisée, indirectement, pour déterminer si les biocarburants satisfont aux prescriptions requises pour être soumis à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS" et à "une procédure utilisée pour déterminer si les biocarburants satisfont aux prescriptions requises pour "échapper" à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS".[1060]

7.751. Le Groupe spécial observe que, par ces déclarations, la Malaisie ne fait pas de distinction claire entre les *critères* d'obtention de la certification relative au faible risque de CIAS et la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS elle-même, car la Malaisie fait référence aux "articles 4 à 6 du Règlement délégué" sans autre distinction quant au rôle de chaque disposition.[1061]

[1053] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 12.
[1054] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphes 13 et 17.
[1055] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 488, 739 et 741.
[1056] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 463 et 743; et deuxième communication écrite, paragraphe 277.
[1057] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 739; et deuxième communication écrite, paragraphe 25.
[1058] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 742.
[1059] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 742.
[1060] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 743; et deuxième communication écrite, paragraphe 281.
[1061] Cette description illustre également le motif pour lequel l'Union européenne considère que la Malaisie n'a pas indiqué clairement quel aspect elle contestait en tant que procédure d'évaluation de la conformité (et lequel elle contestait en tant que règlement technique). Voir, par exemple, Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1033 et 1034; deuxième communication écrite, paragraphe 180; réponse aux questions du Groupe spécial n° 139, paragraphe 750, et n° 142, paragraphes 753 à 756; et observations sur la réponse de la Malaisie aux questions n° 139 à 142 du Groupe spécial.

Toutefois, le Groupe spécial considère que, bien que l'approche suivie par la Malaisie pour indiquer une *procédure* soit trop inclusive du fait qu'elle se réfère aux articles 4 à 6 considérés ensemble comme prévoyant une mesure de certification relative au faible risque de CIAS, certaines des dispositions auxquelles elle se réfère concernent en fait la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS, en particulier l'article 6 du Règlement délégué. Les articles 26 2) et 30 de la Directive RED II (également mentionnés par la Malaisie) soulignent également l'existence d'une *procédure* de certification.[1062] Le Groupe spécial limite donc son analyse ultérieure aux dispositions constituant la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS, en particulier l'article 6 du Règlement délégué.

7.752. Le Groupe spécial note que certains aspects des allégations de la Malaisie au titre de l'article 5 concernent non seulement la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, mais aussi les critères relatifs au faible risque de CIAS. Comme nous l'avons vu plus haut[1063], dans la mesure où les arguments de la Malaisie concernent les *critères* relatifs au faible risque de CIAS, ils sont examinés au titre de l'article 2, conjointement avec l'évaluation par le Groupe spécial de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

7.753. Le Groupe spécial note en outre que, malgré ses arguments selon lesquels la Malaisie n'identifie pas de mesure pouvant être une procédure d'évaluation de la conformité qui soit distincte des règlements techniques en cause, l'Union européenne consacre également une partie de ses communications écrites à la certification relative au faible risque de CIAS, s'y référant comme à un "processus de certification" ou à un "régime de certification".[1064]

7.754. Ayant identifié la procédure d'évaluation de la conformité alléguée comme étant la procédure de certification relative au faible risque de CIAS décrite à l'article 6 du Règlement délégué, le Groupe spécial va maintenant examiner si celle–ci équivaut à "toute procédure" au sens de l'Annexe 1.3. À cet égard, le Groupe spécial se réfère à la section 2.3.3 du présent rapport, qui énonce les dispositions juridiques pertinentes concernant la certification relative au faible risque de CIAS.

7.755. Il est fait référence à la certification relative au faible risque de CIAS à l'article 26.2, ainsi que dans les considérants 17 et 18, de la Directive RED II. Tels que décrits par la Malaisie, les critères pour la certification sont précisés aux articles 4 et 5 du Règlement délégué, tandis que l'article 6 traite des "[e]xigences en matière d'audit et de contrôle aux fins de la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols". L'article 30 de la Directive RED II (en particulier l'article 30.8), auquel il est fait référence à l'article 6.3 du Règlement délégué, contient de plus amples détails sur les "actes d'exécution" que la Commission doit adopter pour garantir le respect des dispositions relatives aux "biocarburants … présentant un faible risque ou un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols".

7.756. Au cours de la présente procédure, l'Union européenne a fourni certains renseignements sur la poursuite de la mise en œuvre des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS, tout en reconnaissant, dans l'ensemble, que des actes d'exécution sous la forme de lignes directrices sur la certification des biocarburants présentant un faible risque de CIAS devaient encore être adoptés.[1065] Ces lignes directrices ont finalement été adoptées en juin 2022.[1066]

7.757. Les renseignements présentés par les parties au Groupe spécial montrent ce qui suit:

a. Le 29 juin 2021, un projet d'acte d'exécution sur les "règles visant à vérifier les critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre et des critères relatifs à un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols" a été

[1062] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 463, 742 et 743.
[1063] Voir plus haut les paragraphes 7.27 à 7.40.
[1064] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 188 et 561.
[1065] En ce qui concerne la poursuite de la mise en œuvre des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS, le Groupe spécial se réfère à la section 7.1.1 du présent rapport, qui décrit les étapes et le calendrier de mise en œuvre que la Commission européenne était tenue de suivre conformément à la Directive RED II et au Règlement délégué. Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1070 et 1071.
[1066] Union européenne, réponse à la question n° 61 du Groupe spécial, paragraphe 394.

publié pour recueillir les observations des parties prenantes.[1067] L'Union européenne a informé le Groupe spécial que les critères détaillés pour la certification seraient énoncés dans un acte d'exécution.[1068]

b. Le 3 février 2022, le Comité de la Directive RED II sur la durabilité des biocarburants, des bioliquides et des combustibles issus de la biomasse a donné un avis positif sur les décisions visant à reconnaître 13 systèmes volontaires et a indiqué que la Commission adopterait bientôt des décisions qui les reconnaîtraient. Trois de ces systèmes volontaires couvrent également la certification relative au faible risque de CIAS.[1069] La Commission a adopté ses décisions le 8 avril 2022.[1070]

c. Au 25 avril 2022, la Commission européenne avait reçu cinq autres demandes de reconnaissance de systèmes de certification volontaires; des évaluations techniques positives avaient été réalisées pour trois d'entre elles.[1071]

d. D'autres règles détaillées sur la certification relative au faible risque de CIAS ont été adoptées le 14 juin 2022[1072] et publiées le 27 juin 2022 ("Règlement d'exécution (UE) n° 2022/996 de la Commission du 14 juin 2022 concernant les règles relatives à la vérification du respect des critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre et des critères relatifs au faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols").[1073]

7.758. En particulier, l'Union européenne a indiqué que l'"acte d'exécution sur les lignes directrices relatives à la certification fournir[ait] un complément d'information sur la méthode de contrôle de l'application des critères énoncés dans le Règlement délégué".[1074]

7.759. Le Groupe spécial va à présent examiner si ces dispositions équivalent à "toute procédure" au sens de l'Annexe 1.3.

7.760. Selon leurs termes exprès, les articles 4 à 6 du Règlement délégué concernent la "certification" relative au faible risque de CIAS. Les articles 4 et 5 énoncent les prescriptions et les critères de certification, tandis que l'article 6 précise *comment* démontrer que les prescriptions en matière de certification sont respectées. Les articles 4 et 5 indiquent qu'il existe une exigence générale concernant la "certification", et l'article 6 prévoit des exigences en matière d'"audit" et de "contrôle" aux fins de la certification des biocarburants présentant un faible risque de CIAS. Les "[e]xigences en matière d'audit et de contrôle aux fins de la certification des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols" identifiées à l'article 6 sont expressément censées servir de moyen de vérifier que "toutes les exigences" énoncées aux articles 4 et 5 sont "dûment remplies"[1075] et de "vérifier"[1076] et "démontrer"[1077] qu'elles sont respectées.

[1067] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1070 et 1240 (faisant référence à Projet de règlement d'exécution de la Commission (pièce EU-161)).
[1068] Voir, par exemple, Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1070.
[1069] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 187 (faisant référence à Webpage from the European Commission's (DG Energy) website: Voluntary schemes (pièce EU-213), page 3).
[1070] Union européenne, réponse à la question n° 60 du Groupe spécial, paragraphe 392 et note de bas de page 145 y relative (faisant référence à Décisions d'exécution de la Commission sur les systèmes volontaires (pièce EU-219)).
[1071] Union européenne, réponse à la question n° 61 du Groupe spécial, paragraphe 393 (faisant référence à DG Energy Voluntary schemes (accessed on 25 April 2022) (pièce EU-259)).
[1072] Union européenne, réponse à la question n° 61 du Groupe spécial, paragraphe 394; DG Energy Voluntary schemes (accessed on 25 April 2022) (pièce EU-259).
[1073] Union européenne, observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 61 du Groupe spécial, paragraphe 108 (faisant référence à Règlement d'exécution (UE) n° 2022/996 de la Commission (pièce EU-329)).
[1074] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1071.
[1075] Article 6.1 a) du Règlement délégué.
[1076] Article 6.2 du Règlement délégué.
[1077] Article 6.3 du Règlement délégué.

7.761. Tandis que la "vérification"[1078] est l'un des exemples de procédures spécifiques énumérées dans la *note explicative* relative à l'Annexe 1.3, la "certification" et l'"audit" ne sont mentionnés ni à l'Annexe 1.3, ni dans le Guide ISO/CEI 2:1991. Dans la norme ISO/CEI 17000:2004, le terme "audit" est défini comme le "processus systématique, indépendant et documenté, permettant d'obtenir des enregistrements, des énoncés de faits ou d'autres informations pertinentes, et de les évaluer de manière objective pour déterminer dans quelle mesure les exigences spécifiées sont respectées".[1079] La "certification" y est également définie comme une "*attestation* réalisée par une tierce partie, relative à des produits, des processus, des systèmes ou des personnes".[1080] Une "attestation" est la "fourniture d'une affirmation, basée sur une décision qui fait suite à la revue, démontrant que des exigences spécifiées sont respectées".[1081]

7.762. Les définitions qui précèdent donnent à penser que les références à la "vérification" (mentionnée à l'Annexe 1.3), à la "certification" et à l'"audit" (bien qu'elles ne soient pas mentionnées à l'Annexe 1.3, ces notions apparaissent comme comparables car elles désignent des processus de vérification) peuvent être considérées comme faisant référence à une "procédure" du type visé par la définition figurant à l'Annexe 1.3. Il apparaît que ce sont précisément les types d'évaluations, de vérifications et d'assurances de la conformité que la *note explicative* relative à l'Annexe 1.3 identifie comme constituant une procédure d'évaluation de la conformité. En outre, il apparaît que ces procédures, telles qu'elles sont exposées en détail dans le Règlement délégué, sont compatibles avec les définitions des termes "vérification", "audit" et "certification" données plus haut.

7.763. En résumé, le Groupe spécial constate que la Malaisie a établi que la procédure permettant de vérifier si les biocarburants satisfaisaient aux prescriptions concernant la certification relative au faible risque de CIAS, dont les principales caractéristiques sont exposées en détail à l'article 6 du Règlement délégué, était une "procédure" du type qui relève du sens de ce terme au titre de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC.

7.764. Le Groupe spécial considère que le fait qu'au moment de son établissement, cette procédure de certification était peut–être encore "incomplète" dans la mesure où toutes les mesures d'exécution pertinentes n'avaient pas encore été prises par l'Union européenne n'enlève rien au fait qu'une procédure du type visé à l'Annexe 1.3 est mentionnée à l'article 26.2 de la Directive RED II, dont les principales caractéristiques sont énoncées à l'article 6 du Règlement délégué.[1082]

#### 7.1.3.1.4 "utilisée, directement ou indirectement, pour déterminer que les prescriptions pertinentes des règlements techniques ... sont respectées"

7.765. Ayant établi que les dispositions énonçant une procédure de certification relative au faible risque de CIAS équivalaient à "toute procédure", le Groupe spécial va à présent examiner le *but* ou l'utilisation de cette procédure. L'Annexe 1.3 vise les procédures d'évaluation de la conformité qui servent à déterminer la conformité avec les "prescriptions pertinentes des règlements techniques ou des normes" "directement ou indirectement". En d'autres termes, une procédure est une procédure d'évaluation de la conformité si elle est utilisée dans le but, i) directement ou indirectement, ii) de déterminer le respect des "prescriptions pertinentes" iii) figurant dans un règlement technique ou une norme.

7.766. L'expression "*prescriptions pertinentes*" (de règlements techniques ou de normes) n'est pas précisée ni expliquée plus en détail à l'Annexe 1.3. Le sens du terme "relevant" (pertinent) donné par le dictionnaire est le suivant: "[b]earing on or connected with the matter in hand; closely relating to the subject or point at issue; pertinent to a specified thing" (ayant une incidence sur la question

[1078] La "vérification" est mentionnée à l'Annexe 1.3 et définie dans le Guide ISO/CEI 2:1991 comme la "[c]onfirmation, par examen de preuves, qu'un produit, un processus ou un service satisfait aux exigences spécifiées".

[1079] ISO/IEC 17000:2004, 4.4.

[1080] ISO/IEC 17000:2004, 5.5.

[1081] ISO/IEC 17000:2004, 5.2.

[1082] Voir aussi la section 7.1.1 du présent rapport. À cet égard, le Groupe spécial note par ailleurs qu'à l'article 1.6 de l'Accord OTC, il est indiqué que "[t]outes les références qui sont faites dans le présent accord aux règlements techniques, normes et *procédures d'évaluation de la conformité* seront interprétées comme comprenant toutes modifications qui y seraient apportées, y compris toutes adjonctions à leurs règles, ou aux produits qu'ils visent, à l'exception des modifications ou adjonctions de peu d'importance". (pas de mise en relief dans l'original)

à l'examen ou s'y rapportant; étroitement lié au sujet ou au point à l'examen; concernant une chose spécifiée).[1083] "Requirement" (prescription) signifie "a condition which must be complied with" (une condition qui doit être respectée).[1084] L'expression "prescriptions pertinentes" figurant à l'Annexe 1.3 donne donc à penser qu'une procédure d'évaluation de la conformité doit être liée à l'objet des conditions du règlement technique qui doivent être respectées. Cette interprétation étaye le point de vue selon lequel une procédure pourrait être une procédure d'évaluation de la conformité au regard de l'Annexe 1.3 même si elle sert à établir que seules *certaines* des prescriptions d'un règlement technique ou d'une norme sont respectées (et, par implication, toutes les prescriptions d'un règlement technique ne devront pas toujours être vérifiées au moyen d'une procédure d'évaluation de la conformité).[1085]

7.767. La relation entre la procédure et les "prescriptions pertinentes" d'un règlement technique (ou d'une norme) est qualifiée par les termes "directement" "ou" "indirectement". L'Annexe 1.3 ne définit pas ni n'explique plus en détail quels types de situations pourraient constituer une utilisation "directe" ou "indirecte" d'une procédure. Selon le sens ordinaire du terme, "directly" (directement) signifie "in a direct manner or way" (d'une manière ou façon directe), et "without the intervention of a medium or agent; immediately; by a direct process or mode" (sans l'intervention d'un instrument ou d'un agent; immédiatement; par un procédé ou selon un mode direct).[1086] "Indirectly (indirectement) est défini comme signifiant "in an indirect way or manner; not directly" (d'une façon ou manière indirecte; non directement), "not in a straight line or with a straight course; circuitously: obliquely" (pas en ligne droite ou par un itinéraire droit; de manière détournée: obliquement) et "by indirect action, means, connection, agency, or instrumentality; through some intervening person or thing; mediately" (par une action indirecte, un moyen, un lien, une intervention, ou un intermédiaire; par l'intervention d'une personne ou chose; de façon médiate).[1087] Dans le contexte de l'Annexe 1.3, les termes "directement" et "indirectement" sont utilisés pour caractériser le lien entre l'utilisation qui est faite d'une procédure et la détermination selon laquelle les prescriptions pertinentes d'un règlement technique sont respectées.

7.768. Le fait qu'une procédure peut constituer une procédure d'évaluation de la conformité dans les cas où elle sert à déterminer la conformité avec des prescriptions "directement ou indirectement" tend à indiquer une intention de couvrir un large éventail de modalités selon lesquelles une procédure pourrait être utilisée en rapport avec un règlement technique. En conséquence, le Groupe spécial considère qu'une procédure d'évaluation de la conformité peut être comprise comme incluant un éventail de situations qui ne se limitent pas au type de lien le plus immédiat dans les cas où la procédure "détermine directement" si certaines prescriptions d'un règlement technique (ou d'une norme) sont respectées.

7.769. Le Groupe spécial va maintenant examiner si la Malaisie a démontré que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS était utilisée, "directement ou indirectement", pour déterminer si les "prescriptions pertinentes" d'un "règlement technique" étaient respectées.[1088]

---

[1083] Oxford English Dictionary online, définition de "relevant", (https://www.oed.com/view/Entry/161893?redirectedFrom=relevant#eid) (adresse consultée le 21 septembre 2023).

[1084] Oxford English Dictionary online, définition de "requirement", (https://www.oed.com/view/Entry/163260?redirectedFrom=requirement#eid) (adresse consultée le 21 septembre 2023).

[1085] Le Groupe spécial note que, comme il est indiqué plus haut dans le contexte de l'allégation au titre de l'article 2.8 de l'Accord OTC, l'expression "prescription relative au produit", telle qu'elle est utilisée dans cette disposition, s'entend des "caractéristiques du produit". Le Groupe spécial considère que l'utilisation délibérée du mot "pertinent" au lieu du mot "produit" ici sert également de facteur de distinction, indiquant que les "prescriptions pertinentes" sont plus larges et ne sont pas synonymes des "prescriptions relatives au produit" ou des "caractéristiques d'un produit".

[1086] Oxford English Dictionary online, définition de "directly" (https://www.oed.com/view/Entry/53307?redirectedFrom=directly#eid) (adresse consultée le 21 septembre 2023).

[1087] Oxford English Dictionary online, définition de "indirectly" (https://www.oed.com/view/Entry/94534?redirectedFrom=indirectly#eid) (adresse consultée le 21 septembre 2023).

[1088] Le Groupe spécial rappelle la description de la certification relative au faible risque de CIAS qu'il donne dans la section 2.3.3 du présent rapport, qui énonce en outre le texte des articles 4 à 6 du Règlement délégué. Il se réfère également à son examen de la certification relative au faible risque de CIAS et de sa place dans le régime de l'UE applicable aux biocarburants figurant dans la section 7.1.1 du présent rapport.

7.770. La Malaisie estime que la certification relative au faible risque de CIAS est liée à la réglementation technique établie à l'article 26 de la Directive RED II, à savoir la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.[1089] Selon la Malaisie, la certification relative au faible risque de CIAS sert à établir qu'un lot de biocarburant dérivé de l'huile de palme présente un faible risque de CIAS et est donc conforme à l'exemption et n'est pas soumis à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.[1090] Spécifiquement, la Malaisie se réfère à la certification relative au faible risque de CIAS comme à "une procédure utilisée, *indirectement*, pour déterminer si les biocarburants satisfont *aux prescriptions requises pour être soumis à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS*".[1091] Elle se réfère par ailleurs à l'utilisation de la certification relative au faible risque de CIAS comme étant pertinente pour la possibilité pour un biocarburant d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables.[1092] Le Groupe spécial comprend que la Malaisie se réfère à la possibilité pour les biocarburants présentant un risque élevé de CIAS d'être comptabilisés aux fins des objectifs de consommation d'énergies renouvelables (c'est–à–dire de ne pas être soumis à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et d'être comptabilisés dans les limites de la part maximale de 7% sans aucune limitation imposée par la mesure plafond et élimination progressive).

7.771. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial comprend que la Malaisie identifie les "prescriptions pertinentes" comme étant celles qui servent à déterminer le statut de faible risque de CIAS, telles qu'elles figurent aux articles 4 et 5 du Règlement délégué.[1093] Le Groupe spécial comprend en outre que la Malaisie identifie le "règlement technique" pertinent comme étant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. De plus, le Groupe spécial comprend que la Malaisie fait valoir que la certification relative au faible risque de CIAS est utilisée pour établir la conformité des lots de biocarburants présentant un risque élevé de CIAS avec l'exemption limitée pour faible risque de CIAS à la mesure plafond et élimination progressive, ce qui a une incidence sur leur possibilité de contribuer aux objectifs en matière d'énergies renouvelables.

7.772. Le Groupe spécial note que l'Union européenne décrit la certification relative au faible risque de CIAS en des termes semblables à ceux de la Malaisie.[1094] Par exemple, selon les termes de l'Union européenne, les biocarburants présentant un faible risque de CIAS "ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 26.2 de la Directive RED II relatives à l'élimination progressive … [é]tant donné que le processus de certification s'applique aux carburants produits à partir de matières premières qui sont désignées comme "présentant un risque élevé de CIAS", dans le cadre du régime

[1089] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 12; et première communication écrite, paragraphes 280, 387, 742 et 743.

[1090] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphes 12 et 17 et note de bas de page 20 relative au paragraphe 17; première communication écrite, paragraphe 743; et deuxième communication écrite, paragraphe 281.

[1091] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 743; deuxième communication écrite, paragraphe 281; et réponse à la question n° 141 du Groupe spécial. (pas de mise en relief dans l'original)

[1092] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 387, 393 et 742.

[1093] La Malaisie indique que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS constitue les règlements techniques pertinents et se réfère à un "lien indirect" entre la procédure de certification relative au faible risque de CIAS et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. (Malaisie, première communication écrite, paragraphe 743; deuxième communication écrite, paragraphe 280; réponse à la question n° 141 du Groupe spécial) Le Groupe spécial note qu'en réponse à ses questions, la Malaisie a noté que le règlement technique qui était directement pertinent était l'exemption de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, que le Groupe spécial comprend comme signifiant les critères de certification relatifs au faible risque de CIAS. (Malaisie, réponse à la question n° 141 du Groupe spécial) L'Union européenne conteste le fondement apparemment changeant de l'allégation de la Malaisie. Le Groupe spécial ne souscrit pas à l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle la Malaisie change le fondement de son allégation, car elle s'est constamment référée à ce qu'elle considérait comme le règlement technique "indirectement pertinent", en s'inspirant du libellé de l'Annexe 1.3. Il ne considère pas non plus qu'il était nécessaire que la Malaisie indique le règlement technique "directement pertinent" dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial étant donné la formulation de ses allégations au titre de l'article 5. Comme nous l'avons vu plus haut, la mesure en cause qui devait être indiquée était la procédure de certification relative au faible risque de CIAS. En outre, dans la description explicative de sa demande d'établissement d'un groupe spécial, la Malaisie indique tous les liens requis, par exemple entre la procédure de certification relative au faible risque de CIAS et les critères relatifs au faible risque de CIAS, et la manière dont ces liens interagissent avec la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, la part maximale de 7% et la possibilité d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergie renouvelable.

[1094] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 143 et 144.

législatif de l'UE, les biocarburants produits à partir de la production d'huile de palme peuvent être certifiés comme présentant un faible risque de CIAS".[1095]

7.773. Cela indique qu'il y a une concordance de vues entre les parties quant à la manière dont la certification relative au faible risque de CIAS fonctionne, et sa relation avec le classement relatif au faible risque de CIAS et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et, en définitive, l'étendue de la possibilité pour le biocarburant d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables.

7.774. Le Groupe spécial va donc examiner si l'on peut considérer que la *procédure de certification* relative au faible risque de CIAS détermine "directement ou indirectement" si les *critères* relatifs au faible risque de CIAS (c'est–à–dire les "prescriptions pertinentes" identifiées par la Malaisie) sont respectés. À cet égard, le Groupe spécial se réfère à la section 7.1.1 du présent rapport, où il expose la relation entre la part maximale de 7%, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS.

7.775. L'article 6.1 a) du Règlement délégué indique que la certification relative au faible risque de CIAS est utilisée pour étayer des allégations selon lesquelles "toutes les exigences énoncées aux articles 4 et 5 [sont] dûment remplies". Ainsi, la procédure de certification relative au faible risque de CIAS sert clairement à déterminer si les prescriptions des articles 4 et 5 du Règlement délégué ont été respectées.

7.776. Le Groupe spécial rappelle la constatation qu'il a formulée plus haut selon laquelle la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques. Il rappelle en outre ses constatations selon lesquelles les critères relatifs au faible risque de CIAS doivent être pris en compte dans l'évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

7.777. Si l'on prend ces règlements techniques comme point de départ, le facteur qui détermine en premier lieu s'ils s'appliquent à un biocarburant donné est la détermination du point de savoir si celui–ci présente un "risque élevé de CIAS", sur la base des critères énoncés à l'article 3 du Règlement délégué. La procédure de certification relative au faible risque de CIAS vérifie la conformité avec les différents critères énoncés aux articles 4 et 5 du Règlement délégué, de sorte que des lots de biocarburants dont il a été déterminé en premier lieu qu'ils présentaient un risque élevé de CIAS peuvent être exemptés de l'application de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Par définition, la certification relative au faible risque de CIAS a pour conséquence que certains lots de biocarburants présentant un risque élevé de CIAS ne sont pas traités comme des biocarburants présentant un risque élevé de CIAS.

7.778. Le Groupe spécial considère que le point de savoir si la procédure de certification relative au faible risque de CIAS a un lien "direct" ou "indirect" avec la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS pourrait donc être une question de sémantique. Il est clair que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS a une incidence sur le point de savoir si un lot de biocarburant est soumis à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, ou s'il peut au contraire être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables dans les limites de la part maximale de 7% sans aucune limitation imposée par la mesure plafond et élimination progressive.

7.779. Ces facteurs indiquent que l'objectif global de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et des critères et de la certification relatifs au faible risque de CIAS est le même, à savoir de déterminer, en combinaison, les conditions auxquelles les biocarburants conventionnels peuvent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables. Les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS existent non pas isolément, mais en tant qu'éléments sur la voie à suivre pour déterminer si un biocarburant conventionnel peut être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables. Bien que le but immédiat et "*direct*" de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS soit d'établir que les biocarburants en cause satisfont aux critères pour la certification relative au faible risque de CIAS (tels qu'ils sont énoncés aux articles 4 et 5 du Règlement délégué), cela vise *indirectement* à déterminer si les biocarburants sont soumis à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et, de ce fait, la mesure dans

[1095] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 143 et 144.

laquelle ils peuvent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables.

7.780. Le Groupe spécial considère donc qu'il existe une relation suffisante entre ces éléments – la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, les critères relatifs au faible risque de CIAS, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, la part maximale de 7% et la possibilité globale d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables – pour qu'il conclue que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS détermine, directement ou indirectement, si les prescriptions pertinentes des règlements techniques en cause (c'est–à–dire la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la part maximale de 7%) sont respectées.

#### 7.1.3.1.5 Autres prescriptions relatives à l'applicabilité de l'article 5

7.781. Ayant établi que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS était une procédure d'évaluation de la conformité au sens de l'Annexe 1.3, le Groupe spécial va examiner les deux conditions restantes qui doivent être remplies pour que l'article 5 s'applique.

7.782. Premièrement, la procédure de certification relative au faible risque de CIAS doit être une procédure d'évaluation de la conformité élaborée, adoptée ou appliquée par une "institution du gouvernement central". Comme l'indique son titre, l'article 5 porte sur les obligations concernant les procédures d'évaluation de la conformité appliquées par des "institutions du gouvernement central".[1096] L'Annexe 1.6 définit les "institutions du gouvernement central" comme incluant non seulement "[l]e gouvernement central, ses ministères ou ses services", mais aussi "tout autre organisme soumis au contrôle du gouvernement central pour ce qui est de l'activité dont il est question". La *note explicative* relative à l'Annexe 1.6 précise en outre que, "[d]ans le cas des Communautés européennes, les dispositions régissant les institutions des gouvernements centraux sont applicables". Les procédures de certification volontaires établies au niveau des États membres de l'UE ou par un organisme privé ne relèveraient pas de l'article 5, mais pourraient être traitées par l'article 7 ou 8 de l'Accord OTC.

7.783. Les parties ne contestent pas que l'Union européenne soit une institution du gouvernement central aux fins de l'article 5, et elles ne formulent pas d'arguments à cet égard. Dans la mesure où la procédure relative au faible risque de CIAS est établie dans les dispositions de la Directive RED II et du Règlement délégué, tous deux des instruments de l'UE, il apparaît que la certification relative au faible risque de CIAS est une procédure appliquée par une institution du gouvernement central aux fins de l'Annexe 1.6 et de l'article 5. Dans la mesure où les régimes de certification sont soumis au contrôle de la Commission européenne, l'article 5 s'applique également, que ces régimes soient gérés par des entités nationales ou non gouvernementales. De l'avis du Groupe spécial, la disponibilité potentielle de régimes de certification volontaire (ou le fait que l'établissement de tels régimes est prévu dans la mesure) n'enlève rien au fait que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS est une procédure d'évaluation de la conformité relevant de l'article 5.

7.784. Toutefois, compte tenu des complexités introduites dans la mise en œuvre de la certification relative au faible risque de CIAS par le biais d'une structure de l'UE qui mobilise les États membres de l'UE et des acteurs privés (par exemple par le biais de régimes de certification nationaux et non gouvernementaux), y compris la possibilité que des régimes volontaires purement privés fassent partie du processus de certification, le Groupe spécial limite son analyse et ses conclusions concernant les allégations au titre de l'article 5 aux aspects de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS qui interviennent au niveau de l'UE.[1097]

7.785. Deuxièmement, conformément à la phrase introductive de l'article 5.1, l'article 5 s'applique dans les cas où il est "exigé" une "assurance positive de la conformité" à des règlements techniques

[1096] Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.120; et rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.249. Voir aussi l'Annexe 1.6 de l'Accord OTC et la *note explicative* y relative.

[1097] Le Groupe spécial note, sans procéder à aucune autre évaluation dans le présent différend, que l'article 8.2 de l'Accord OTC prévoit que "[l]es Membres feront en sorte que les institutions de leur gouvernement central ne se fondent sur des procédures d'évaluation de la conformité appliquées par des organismes non gouvernementaux que si ces organismes se conforment aux dispositions des articles 5 et 6, à l'exception de l'obligation de notifier les procédures projetées d'évaluation de la conformité".

(ou à des normes). Le Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires* a interprété l'article 5.1 comme signifiant que l'article 5 visait uniquement les procédures d'évaluation de la conformité qui étaient "obligatoires".[1098]

7.786. Le Groupe spécial note que, dans le présent différend, l'Union européenne estime que la certification relative au faible risque de CIAS n'est "pas obligatoire" en ce sens que personne n'est tenu de demander une certification. Elle reconnaît toutefois que cette certification devient "contraignante" au moment où une demande est présentée, c'est–à–dire "dans le cas où un producteur souhaite se prévaloir du régime".[1099] Le Groupe spécial considère que le sens ordinaire du terme "exigé", dans le contexte de la phrase introductive de l'article 5.1, couvre les situations dans lesquelles un exportateur souhaite se prévaloir de flexibilités et d'autres exemptions.[1100] En conséquence, et en ce sens, le Groupe spécial estime qu'une assurance positive de la conformité est "exigée", c'est–à–dire qu'elle est "obligatoire", afin d'obtenir une certification relative au faible risque de CIAS.

#### 7.1.3.1.6 Conclusion concernant l'Annexe 1.3

7.787. Le Groupe spécial constate que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS est une "procédure d'évaluation de la conformité" au sens de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC.

7.788. Le Groupe spécial note que l'Union européenne réaffirme son point de vue selon lequel la procédure de certification relative au faible risque de CIAS n'est pas une "procédure d'évaluation de la conformité" en répondant à chacune des allégations formulées au titre de l'article 5. Il est également conscient que la manière dont l'Union européenne répond à certaines des allégations au titre de l'article 5 est dictée par son point de vue selon lequel la procédure de certification relative au faible risque de CIAS n'est pas une procédure d'évaluation de la conformité. Cependant, étant donné qu'il a déjà traité cette question au début, et afin d'éviter des répétitions, le Groupe spécial procède au reste de ses constatations en partant du principe que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS est une procédure d'évaluation de la conformité au sens de l'Annexe 1.3.

### 7.1.3.2 Article 5.1.1 – Non-discrimination

#### 7.1.3.2.1 Introduction

7.789. Ayant conclu que la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS pouvait être considérée comme une "procédure d'évaluation de la conformité" au sens de l'Annexe 1.3, et était donc soumise aux obligations énoncées à l'article 5 de l'Accord OTC, le Groupe spécial examine maintenant les allégations au titre de l'article 5.

7.790. La Malaisie affirme[1101] que l'Union européenne viole l'article 5.1.1 car la procédure d'évaluation de la conformité pour la certification du biocarburant à base d'huile de palme comme présentant un faible risque de CIAS établit une discrimination à l'encontre des fournisseurs malaisiens de biocarburant dérivé de l'huile de palme. Plus spécifiquement, la Malaisie fait valoir que les produits similaires pertinents sont les biocarburants dérivés de l'huile de palme et autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, et que les fournisseurs de ces biocarburants se trouvent dans une situation comparable.[1102] Selon elle, la discrimination tient au fait que, contrairement aux fournisseurs de biocarburants dérivés de l'huile de palme, les fournisseurs d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses n'ont besoin d'accéder à aucune procédure

[1098] Rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.249. Cette interprétation n'a pas été examinée par l'Organe d'appel, qui s'est référé au texte du paragraphe introductif de l'article 5.1 de l'Accord OTC sans donner d'autres précisions sur le sens de ces termes, limitant le champ d'application et la portée des mesures visées à l'article 5. (Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.120)

[1099] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 594.

[1100] À titre d'illustration, le Groupe spécial note qu'il est bien établi que, dans le contexte de l'article III:4, le terme "prescription" inclut non seulement les obligations qu'une entreprise est "juridiquement contrainte d'exécuter" ou qui sont "d'application générale", mais aussi les conditions qu'une entreprise accepte volontairement "afin d'obtenir … un avantage". (Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphes 7.174, 7.190 et 7.191.)

[1101] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 745 à 753; deuxième communication écrite, paragraphes 282 à 287; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 94 à 96.

[1102] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 748, 749 et 752.

d'évaluation de la conformité pour que leur biocarburant puisse être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables dans les limites de la part maximale de 7%.[1103]

7.791. L'Union européenne affirme que la certification relative au faible risque de CIAS s'applique aux biocarburants présentant un risque élevé de CIAS, de sorte que la portée de l'évaluation ne se situe pas entre les producteurs de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses et de biocarburants dérivés de l'huile de palme.[1104] En outre, les obligations de non–discrimination portent sur les conditions d'accès à une procédure; en l'espèce, tous les fournisseurs de biocarburants présentant un risque élevé de CIAS ont un accès égal au mécanisme de certification.

#### 7.1.3.2.2 Critère juridique

7.792. L'article 5.1.1, lu conjointement avec la clause introductive de l'article 5.1, énonce l'obligation suivante:

> 5.1 Dans les cas où il est exigé une assurance positive de la conformité à des règlements techniques ou à des normes, les Membres feront en sorte que les institutions de leur gouvernement central appliquent les dispositions ci–après aux produits originaires du territoire d'autres Membres:
>
> 5.1.1 les procédures d'évaluation de la conformité seront élaborées, adoptées et appliquées de manière que les fournisseurs de produits similaires originaires du territoire d'autres Membres y aient accès à des conditions non moins favorables que celles qui sont accordées aux fournisseurs de produits similaires d'origine nationale ou originaires de tout autre pays, dans une situation comparable; l'accès comporte le droit pour les fournisseurs à une évaluation de la conformité selon les règles de la procédure d'évaluation, y compris, lorsque cette procédure le prévoit, la possibilité de demander que des activités d'évaluation de la conformité soient menées dans des installations et de recevoir la marque du système;

7.793. L'article 5.1.1 a été interprété et appliqué dans une affaire antérieure, *Russie – Matériels ferroviaires*, et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à cette affaire.

7.794. D'après le libellé de l'article 5.1.1, des violations de cette disposition peuvent résulter de l'élaboration ou de l'adoption d'une procédure d'évaluation de la conformité, ou de son application.[1105]

7.795. Un Membre importateur agit d'une manière incompatible avec les obligations de non–discrimination énoncées à l'article 5.1.1 en ce qui concerne une procédure d'évaluation de la conformité visée si trois éléments sont établis[1106]:

a. les fournisseurs d'un autre Membre auxquels un accès moins favorable a été accordé sont des fournisseurs de produits qui sont similaires aux produits de fournisseurs nationaux ou de fournisseurs de tout autre pays auxquels un accès plus favorable a été accordé;

b. le Membre importateur (au moyen de l'élaboration, de l'adoption ou de l'application d'une procédure d'évaluation de la conformité visée) accorde un accès à des fournisseurs de

[1103] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 751; deuxième communication écrite, paragraphe 286.
[1104] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1050, 1052 et 1068. Pour les autres arguments de l'Union européenne relatifs à l'article 5.1.1 concernant l'applicabilité de l'article 5, voir Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1036 à 1061; deuxième communication écrite, paragraphes 181 à 184; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 757 à 762; et observations sur les réponses de la Malaisie aux questions du Groupe spécial, paragraphes 275 à 279.
[1105] Rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.250.
[1106] Rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.251.

produits d'un autre Membre à des "conditions moins favorables" que celles qui sont accordées aux fournisseurs de produits nationaux ou de produits de tout autre pays; et

c. le Membre importateur accorde un accès à des conditions moins favorables aux fournisseurs de produits similaires "dans une situation comparable".

7.796. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 5.1.1 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.3.2.3 Évaluation du Groupe spécial

7.797. Le Groupe spécial examine si l'allégation de la Malaisie concerne l'octroi d'un accès à la procédure de certification relative au faible risque de CIAS aux fournisseurs de produits similaires dans une situation comparable, à des conditions non moins favorables que celles qui sont accordées aux fournisseurs nationaux ou aux fournisseurs d'autres pays tiers. Il examine ces prescriptions ensemble compte tenu du degré d'interconnexion entre leur sens et les arguments des parties. Ce faisant, il expose le critère juridique et les arguments pertinents, puis procède à son évaluation.

7.798. La deuxième clause de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC montre bien que les obligations de non–discrimination énoncées à l'article 5.1.1 portent sur les "*conditions d'accès* à une évaluation de la conformité accordées aux fournisseurs".[1107] Dans l'affaire *Russie – Matériels ferroviaires*, l'Organe d'appel a expliqué que ces obligations portaient donc sur les "facteurs ou circonstances en fonction desquels la possibilité de bénéficier d'une évaluation de la conformité est ménagée à ces fournisseurs".[1108] Le point de savoir si les conditions d'accès sont non moins favorables dépend du point de savoir si les conditions d'accès à la procédure d'évaluation de la conformité pour les fournisseurs de produits nationaux ou de produits de pays tiers modifient les conditions de concurrence au détriment des fournisseurs de produits importés similaires.[1109] Le Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires* a considéré que cela nécessitait une "analyse comparative des conditions d'accès accordées aux fournisseurs de produits du Membre plaignant, d'une part, et aux fournisseurs de produits nationaux similaires ou de produits similaires de tout autre pays, d'autre part". C'est uniquement si cette évaluation "révèle une différence dans les conditions d'accès accordées aux fournisseurs du Membre plaignant" qu'un groupe spécial devrait examiner si cette différence équivaut à accorder l'accès à des conditions "moins favorables".[1110] En parvenant à cette conclusion, le Groupe spécial a souligné que l'article 5.1.1 "port[ait] … sur les fournisseurs et sur leurs conditions d'accès à une procédure d'évaluation de la conformité", et "[non] la manière dont un Membre traite les produits importés d'un autre Membre". De plus, une "simple différence" dans les conditions d'accès n'est pas suffisante pour établir l'existence d'une violation; cette différence doit modifier les conditions de concurrence, ou les possibilités de concurrence, entre les fournisseurs concernés de produits similaires au détriment des fournisseurs du Membre plaignant.[1111]

7.799. En outre, le traitement pertinent est celui qui est accordé aux fournisseurs de produits similaires "dans une situation comparable".[1112] Pour ce qui est d'évaluer s'il y a une situation comparable, les facteurs pertinents sont ceux qui ont une incidence sur les conditions d'octroi de l'accès (par exemple les règles de la procédure d'évaluation de la conformité, la nature des produits en cause et la situation dans un pays ou concernant un fournisseur particulier), et la "capacité du Membre qui réglemente de garantir la conformité avec les prescriptions figurant dans le règlement

[1107] Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.123; et rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.257. Le Groupe spécial et l'Organe d'appel se sont tous deux appuyés sur le sens ordinaire du mot "accès" ainsi que sur le texte de la deuxième clause de l'article 5.1.1, qui indique que l'accès comporte le "droit pour les fournisseurs à une évaluation de la conformité selon les règles de la procédure d'évaluation". (*Ibid.*)

[1108] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.123.

[1109] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.123.

[1110] Rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.258.

[1111] Rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.260.

[1112] Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.124; et rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.283.

technique ou la norme sous–jacent". Cette analyse devrait être faite au cas par cas compte tenu de la mesure en cause et des circonstances de l'affaire.[1113]

7.800. La Malaisie fait valoir que les conditions d'accès à la procédure de certification relative au faible risque de CIAS accordées aux fournisseurs de produits nationaux ou de produits de pays tiers modifient les conditions de concurrence au détriment des fournisseurs de produits malaisiens similaires dans une situation comparable.[1114] Elle se focalise sur le traitement des fournisseurs de biocarburants dérivés de l'huile de palme présentant un faible risque de CIAS et considère que les produits similaires pertinents sont les "biocarburants dérivés du palmier à huile" et les "autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses".[1115] En outre, elle estime que tous les fournisseurs de biocarburants dérivés du palmier à huile et d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses sont dans une situation comparable.[1116] Toutefois, en réponse à des questions du Groupe spécial, la Malaisie a précisé que le facteur pertinent pour déterminer l'existence d'une "situation comparable" et, par conséquent, l'octroi d'un droit à une évaluation de la conformité était le risque élevé de CIAS allégué associé à une matière première particulière.[1117]

7.801. Pour étayer son allégation, la Malaisie se réfère au fait que les fournisseurs d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses n'ont besoin d'accéder à aucune procédure d'évaluation de la conformité pour que leurs biocarburants puissent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables dans les limites de la part maximale de 7% sans aucune limitation imposée par la mesure plafond et élimination progressive, c'est–à–dire qu'il n'y a "aucune prescription en matière de certification" pour ces biocarburants.[1118]

7.802. L'Union européenne affirme que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS n'est pas une procédure d'évaluation de la conformité.[1119] Elle affirme à titre subsidiaire que l'article 5.1.1 ne s'applique pas car l'allégation de la Malaisie ne concerne pas l'octroi d'un accès à des conditions moins favorables aux fournisseurs de produits similaires d'origine nationale ou originaires de pays tiers dans une situation comparable.[1120] En fait, l'obligation énoncée à l'article 5.1.1 s'applique dans les cas où il y a des fournisseurs de produits similaires qui sont soumis à une évaluation de la conformité en premier lieu. L'Union européenne explique que, dans le cadre du Régime de l'UE applicable aux biocarburants, la certification relative au faible risque de CIAS s'applique à un sous–ensemble de biocarburants conventionnels ("ceux qui sont associés à un risque élevé de CIAS occasionnant une expansion vers des zones présentant un important stock de carbone"); l'"accès" à la procédure d'évaluation de la conformité est donc pertinent uniquement pour les producteurs de biocarburants produits à partir de matières premières présentant un risque élevé de CIAS. À l'heure actuelle, cela signifie que la certification relative au faible risque de CIAS est "uniquement pertinente pour les producteurs (et les fournisseurs) de biocarburants dérivés de l'huile de palme".[1121] En outre, l'article 5.1.1 porte sur les "conditions d'accès" à une procédure d'évaluation de la conformité.[1122] En l'espèce, tous les fournisseurs de biocarburants dérivés de l'huile de palme, quelle que soit leur origine, ont un accès égal au mécanisme de certification relative au faible risque de CIAS.[1123]

7.803. À la lumière des prescriptions de l'article 5.1.1, le Groupe spécial considère que l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 5.1.1 ne concerne pas l'*octroi d'un accès* à une procédure d'évaluation de la conformité aux *fournisseurs de produits similaires* qui se trouvent *dans une situation comparable*. D'une manière générale, les arguments de la Malaisie concernent l'imposition d'une prescription en matière de certification en soi, distincte des conditions d'*accès à* la procédure

[1113] Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphes 5.128 et 5.135. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.283.
[1114] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 751.
[1115] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 745 à 753; et deuxième communication écrite, paragraphe 283.
[1116] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 752; et deuxième communication écrite, paragraphe 287.
[1117] Malaisie, réponse à la question n° 144 du Groupe spécial.
[1118] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 751; et deuxième communication écrite, paragraphe 286.
[1119] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1029 à 1035.
[1120] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1042 à 1061.
[1121] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1050; et réponse à la question n° 143 du Groupe spécial, paragraphe 761.
[1122] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1048.
[1123] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1059.

de certification relative au faible risque de CIAS. Le Groupe spécial comprend que la base fondamentale de cette allégation est le fait que le biocarburant dérivé de l'huile de palme est soumis à une certification relative au faible risque de CIAS, tandis que les autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses ne le sont pas.

7.804. Le Groupe spécial convient avec l'Union européenne que l'article 5.1.1 concerne les *conditions d'accès* à une procédure d'évaluation de la conformité en ce qui concerne les produits qui sont effectivement soumis à la procédure d'évaluation de la conformité elle–même.[1124] L'interprétation du Groupe spécial est étayée par l'exemple donné dans la deuxième clause de l'article 5.1.1 de ce qu'on entend par "accès", à savoir que "l'accès comporte le droit pour les fournisseurs à une évaluation de la conformité selon les règles de la procédure d'évaluation". En d'autres termes, les obligations de non–discrimination énoncées à l'article 5.1.1 portent sur les *conditions d'accès* à une procédure d'évaluation de la conformité, qui sont les "facteurs ou circonstances en fonction desquels la possibilité de bénéficier d'une évaluation de la conformité est ménagée à ces fournisseurs".[1125] Il s'agit d'une question distincte de l'identification des produits (et, à leur tour, des fournisseurs) qui sont – ou ne sont pas – soumis à une certification.

7.805. S'agissant des faits de la cause en l'espèce, la certification relative au faible risque de CIAS s'applique à tous les biocarburants présentant un risque élevé de CIAS. Le fait que seul le biocarburant dérivé de l'huile de palme est actuellement désigné comme présentant un risque élevé de CIAS ne modifie pas cette interprétation du fonctionnement de la certification relative au faible risque de CIAS. Il n'y a donc pas de différence de traitement en ce qui concerne l'accès parmi les produits auxquels la certification s'applique. Le groupe des produits pertinents est celui des biocarburants présentant un risque élevé de CIAS; tout biocarburant de ce type a le "droit" d'accéder à une procédure d'évaluation de la conformité et il n'est pas question d'un traitement moins favorable.

7.806. L'analyse du Groupe spécial est étayée par le sens de fournisseurs de produits similaires "dans une situation comparable". Compte tenu des mesures en cause, le Groupe spécial considère que le facteur pertinent pour déterminer l'existence d'"une situation comparable" et, par conséquent, l'octroi d'un droit à une évaluation de la conformité est le risque élevé de CIAS allégué associé à une matière première particulière. Cela ressort clairement des règles de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, qui est disponible uniquement pour les matières premières présentant un risque élevé de CIAS. Le Groupe spécial note que tel est le point de vue de la Malaisie comme de l'Union européenne.[1126] En outre, si la prescription de l'article 5.1.1 protège l'égalité de la possibilité d'être certifié parmi les produits nécessitant une certification, la situation est "comparable" uniquement parmi les fournisseurs de produits qui sont soumis à la procédure de certification de manière égale. Le Groupe spécial convient donc également avec l'Union européenne que l'univers des produits similaires des fournisseurs dans "une situation comparable" se limite à ceux qui sont soumis à la procédure d'évaluation de la conformité, c'est–à–dire les biocarburants produits à partir de matières premières présentant un risque élevé de CIAS.

7.807. Le Groupe spécial considère que l'article 5.1.1 ne devrait pas être interprété d'une manière qui permettrait à un Membre qui réglemente de contourner les obligations de non–discrimination énoncées à l'article 2.1 en adoptant un règlement technique qui s'applique à un groupe de produits similaires sur une base non discriminatoire, tout en exigeant une assurance positive de la conformité avec les prescriptions pertinentes de ce règlement technique uniquement pour les fournisseurs d'un sous–ensemble de ces produits. Toutefois, le Groupe spécial n'estime pas nécessaire ni approprié d'adopter une interprétation large de l'obligation énoncée à l'article 5.1.1 pour empêcher qu'un tel scénario ne se produise. Un tel scénario semblerait impliquer l'établissement par un Membre qui réglemente d'une discrimination entre des produits similaires qui se trouvent, selon les termes de l'article 5.1.1, dans "une situation comparable". De l'avis du Groupe spécial, les prescriptions

[1124] Le Groupe spécial note que cette interprétation est également compatible avec les constatations formulées dans l'affaire *Russie – Matériels ferroviaires*. (Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.257; et le rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphes 5.121, 5.123 et 5.124.)

[1125] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.123.

[1126] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 182 et 183; et observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 144 du Groupe spécial, paragraphe 276. Malaisie, réponse à la question n° 144 du Groupe spécial, page 95.

énoncées dans le texte de l'article 5.1.1 sont suffisantes pour se prémunir contre ce contournement potentiel.

#### 7.1.3.2.4 Conclusion concernant l'article 5.1.1

7.808. Le Groupe spécial conclut que la Malaisie n'a pas établi que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS était incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 5.1.1 de l'Accord OTC de faire en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité accordent un accès aux fournisseurs de produits similaires originaires du territoire d'autres Membres à des conditions non moins favorables que celles qui sont accordées aux fournisseurs de produits similaires d'origine nationale ou originaires de tout autre pays.

### 7.1.3.3 Article 5.1.2 – Obstacles non nécessaires au commerce international

#### 7.1.3.3.1 Introduction

7.809. Le Groupe spécial examine maintenant l'allégation au titre de l'article 5.1.2 de l'Accord OTC.

7.810. La Malaisie affirme[1127] que l'Union européenne viole l'article 5.1.2 en imposant une procédure d'évaluation de la conformité pour la certification du biocarburant dérivé de l'huile de palme comme présentant un faible risque de CIAS qui crée des obstacles non nécessaires au commerce international. Plus spécifiquement, elle fait valoir que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS est i) un obstacle non nécessaire au commerce international, et ii) plus stricte (ou appliquée de manière plus stricte) qu'il n'est nécessaire pour donner à l'Union européenne une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques applicables, compte tenu des risques que la non–conformité entraînerait.[1128] La Malaisie explique que l'Union européenne a créé des obstacles non nécessaires au commerce international en imposant une prescription en matière de certification sans établir comment la certification pouvait être obtenue et en n'expliquant pas le sens des critères relatifs au faible risque de CIAS.[1129] En d'autres termes, en adoptant une procédure d'évaluation de la conformité tout en rendant son application impossible, l'Union européenne a créé un obstacle non nécessaire au commerce international.

7.811. L'Union européenne estime que la Malaisie conteste non pas l'élaboration, l'adoption ou l'application des futures règles d'exécution pour la certification relative au faible risque de CIAS, mais leur absence actuelle. Pour l'Union européenne, cela signifie que ces allégations "n'entrent pas dans le champ d'application" de l'article 5.1.2.[1130] S'agissant de ces futures règles d'exécution, l'Union européenne note qu'elle a pris des dispositions pour élaborer ces règles et fait valoir que celles–ci ne sont pas indispensables pour mener à bien la certification relative au faible risque de CIAS, qui pourrait être effectuée sur la base de systèmes nationaux ou volontaires.[1131] L'Union européenne estime en outre que les critères relatifs au faible risque de CIAS énoncés dans le Règlement délégué sont suffisamment détaillés pour que la certification fonctionne.[1132] Elle soutient par ailleurs qu'il est impossible que toute forme de vérification équivaille à un obstacle au commerce, en particulier avant que "la portée réelle des prescriptions" ne soit pleinement définie.[1133]

---

[1127] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 754 à 800; deuxième communication écrite, paragraphes 288 à 295; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 36 à 43 et 96 à 101.

[1128] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 765 à 770; et deuxième communication écrite, paragraphes 291 et 292.

[1129] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 771; et deuxième communication écrite, paragraphe 292.

[1130] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1067 et 1068; deuxième communication écrite, paragraphe 189; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphe 770. Pour les autres arguments de l'Union européenne concernant l'applicabilité de l'Accord OTC, voir Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1062 à 1077; deuxième communication écrite, paragraphes 185 à 189; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 768 à 778.

[1131] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1071 à 1075; et deuxième communication écrite, paragraphes 186 et 187. Voir aussi Union européenne, réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 771 à 774, 776 et 778.

[1132] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 185.

[1133] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1074; deuxième communication écrite, paragraphe 189; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphe 775.

#### 7.1.3.3.2 Critère juridique

7.812. L'article 5.1.2, lu conjointement avec la clause introductive de l'article 5.1, énonce l'obligation suivante:

> 5.1 Dans les cas où il est exigé une assurance positive de la conformité à des règlements techniques ou à des normes, les Membres feront en sorte que les institutions de leur gouvernement central appliquent les dispositions ci–après aux produits originaires du territoire d'autres Membres:
>
> …
>
> 5.1.2 l'élaboration, l'adoption ou l'application des procédures d'évaluation de la conformité n'auront ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. Cela signifie, entre autres choses, que les procédures d'évaluation de la conformité ne seront pas plus strictes ni appliquées de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire pour donner au Membre importateur une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou normes applicables, compte tenu des risques que la non–conformité entraînerait.

7.813. L'article 5.1.2 a été interprété et appliqué dans des affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à ces affaires.

7.814. L'article 5.1.2 traite de la "nécessité" d'une procédure d'évaluation de la conformité appliquée par une institution du gouvernement central. Le sens particulier de "nécessité" dans ce contexte est éclairé par l'article 5.1.2 lui–même. La première phrase de l'article 5.1.2, qui fait référence à des "obstacles non nécessaires au commerce international", énonce une obligation générale. La seconde, qui fait référence au caractère strict ou à l'application stricte d'une procédure d'évaluation de la conformité, est un exemple ("entre autres choses") de l'obligation générale.[1134]

7.815. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 5.1.2 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.3.3.3 Élaboration, adoption ou application d'une procédure d'évaluation de la conformité

7.816. Le Groupe spécial examine tout d'abord si l'allégation de la Malaisie concerne l'"élaboration, l'adoption ou l'application" d'une procédure d'évaluation de la conformité au titre de l'article 5.1 et entre donc dans le champ d'application de l'article 5.1.2.

7.817. Le Groupe spécial comprend que la Malaisie fait valoir que l'Union européenne a créé un obstacle non nécessaire au commerce international en adoptant la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, qui, malgré une prescription active en matière de certification à respecter pour que les biocarburants présentant un risque élevé de CIAS puissent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de consommation d'énergies renouvelables[1135], est impossible à utiliser. Le Groupe spécial comprend que la Malaisie fait valoir qu'il en est ainsi parce que cette procédure, telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué, est incomplète en raison d'un manque de détails, qui, comme elle l'allègue et l'Union européenne l'admet, doit être comblé par certaines règles d'exécution.

7.818. Le Groupe spécial comprend que l'Union européenne admet que les règlements d'exécution contiendront les détails manquants, mais qu'elle fait valoir que, dans la mesure où l'allégation de la Malaisie vise la compatibilité de ces règlements d'exécution eux–mêmes avec l'Accord OTC,

[1134] Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphes 5.182 et 5.183.

[1135] Le Groupe spécial se réfère à son examen du champ temporel des questions découlant de la mise en œuvre en cours de la Directive RED II et du Règlement délégué figurant dans la section 7.1.1 du présent rapport, et en particulier de l'entrée en vigueur des prescriptions imposées par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

l'allégation est "hypothétique et prématurée". En conséquence, l'Union européenne fait valoir que cette allégation n'entre "pas dans le champ d'application" de l'article 5.1.2.[1136]

7.819. Le Groupe spécial rappelle que l'article 5.1.2 s'applique à l'"élaboration, l'adoption et l'application" de procédures d'évaluation de la conformité. Il considère que les termes "l'élaboration, l'adoption ou l'application" signifient que ce qui se produit tout au long de l'élaboration, de l'adoption et de l'application d'une procédure d'évaluation de la conformité (c'est–à–dire de son cycle de vie réglementaire[1137]) est couvert par l'article 5.1.2. Ainsi, le Groupe spécial considère que l'article 5.1.2 s'applique dans les cas où certains éléments d'une procédure d'évaluation de la conformité ont été adoptés tandis que d'autres ne l'ont pas encore été et restent par exemple dans une phase préparatoire. Par conséquent, une procédure d'évaluation de la conformité qui souffre d'une absence partielle de règles détaillées ou est incomplète entre dans le champ de l'élaboration et de l'adoption de procédures d'évaluation de la conformité et dans le champ d'application de l'article 5.1.2.

7.820. Le Groupe spécial comprend que cette interprétation de l'article 5.1.2 est conforme aux constatations du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*. Dans cette affaire, il a été constaté que la procédure d'évaluation de la conformité ne pouvait pas permettre le commerce des produits conformes à la date de son entrée en vigueur et constituait donc un obstacle non nécessaire au commerce international.[1138] En outre, le Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque* a constaté que l'obligation énoncée à l'article 5.1.2 s'appliquait à l'accréditation de tierces parties dans le cadre d'une procédure d'évaluation de la conformité.[1139]

7.821. Sur cette base, le Groupe spécial considère que l'allégation de la Malaisie selon laquelle une procédure d'évaluation de la conformité incomplète (y compris son incidence sur l'accréditation de tierces parties, c'est–à–dire les systèmes volontaires) pourrait causer un obstacle non nécessaire au commerce international relève de l'article 5.1.2. Cette allégation, qui est fondée sur la procédure de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué, relève de l'éventail des étapes constituant l'élaboration et l'adoption d'une procédure d'évaluation de la conformité. Il en est ainsi nonobstant le fait que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS prévoit aussi que certains éléments seront mis au point ou entreront en vigueur dans l'avenir. Le Groupe spécial ne souscrit donc pas à l'argument de l'Union européenne selon lequel cette allégation est hypothétique et prématurée et ne relève pas de l'article 5.1.2. De fait, cette allégation concerne la procédure de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué.[1140]

7.822. Dans le même temps, le Groupe spécial considère que l'article 5.1.2 englobe uniquement les obstacles au commerce découlant de la procédure d'évaluation de la conformité *elle-même*, et non les obstacles au commerce découlant des *critères de fond* énoncés dans le règlement technique ou la norme sous–jacent dont une procédure évalue le respect. À cet égard, le Groupe spécial comprend que la Malaisie conteste non seulement les aspects liés à la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS, mais aussi les *critères* relatifs au faible risque de CIAS, y compris les obstacles qu'elle identifie en ce qui concerne chacune des filières d'additionnalité, comme étant les "obstacles" pertinents au titre de l'article 5.1.2. En particulier, le Groupe spécial comprend que la Malaisie fait valoir que les *critères* relatifs au faible risque de CIAS sont inapplicables (également parce qu'ils

[1136] Tout au long du différend, l'Union européenne se réfère à un certain nombre de faits nouveaux concernant la mise en œuvre de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, y compris la publication d'un projet de règlement d'exécution, la reconnaissance de plusieurs systèmes volontaires (dont certains offrent une certification relative au faible risque de CIAS) et l'adoption et la publication du Règlement d'exécution. L'Union européenne indique en outre tour à tour que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS doit être en place seulement pour la fin de 2023, lorsque l'élément "élimination progressive" pour risque élevé de CIAS entre en vigueur, et qu'elle n'était pas tenue d'agir avant le 30 juin 2021. (Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1070 et 1072 à 1075, faisant référence à Excerpt from RSB website, "RSB Low ILUC Risk Biomass Module" (pièce EU-169), et à Excerpt from UPM website, "All UPM BioVerno products are certified" (accessed on 26 November 2021) (pièce EU-170); deuxième communication écrite, paragraphes 186, 187 et 189; et réponse à la question n° 145)

[1137] Voir Manuel OTC (Secrétariat de l'OMC, 2021), figure 10 ("Application des BPR au cycle de vie d'une mesure OTC: illustration"), page 52. Disponible à l'adresse: https://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/tbt3rd_f.pdf.

[1138] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.528.

[1139] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.524.

[1140] À cet égard, le Groupe spécial se réfère à la section 7.1.1 du présent rapport et à l'examen qu'il y effectue de sa compétence pour tenir compte de faits nouveaux survenus après son établissement et de sa capacité de le faire.

sont incomplets et par ailleurs inadéquats) et que la certification relative au faible risque de CIAS n'est donc pas disponible.

7.823. Ayant identifié le champ d'application de l'article 5.1.2 comme faisant référence à l'élaboration, à l'adoption ou à l'application d'une *procédure* d'évaluation de la conformité, le Groupe spécial considère que l'article 5.1.2, par son libellé et son contexte, à savoir l'article 5, vise des aspects de la procédure. Cela est distinct des "prescriptions pertinentes"[1141] du règlement technique (ou de la norme) dont une procédure évalue le respect. Le Groupe spécial constate donc que sa tâche au titre de cette allégation se limite à évaluer si l'élaboration, l'adoption [ou l'application] de la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS elle–même (et non les *critères* relatifs au faible risque de CIAS) est compatible avec les obligations de l'Union européenne au titre de l'article 5.1.2. Dans la mesure où les arguments de la Malaisie concernent les critères relatifs au faible risque de CIAS, ils sont examinés au titre de l'article 2.1, conjointement avec l'évaluation par le Groupe spécial de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

#### 7.1.3.3.4 Obstacle non nécessaire au commerce international

7.824. Ayant constaté que l'allégation de la Malaisie concernant la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS relevait de l'article 5.1.2, le Groupe spécial examine si la Malaisie a étayé son allégation selon laquelle, en adoptant une procédure d'évaluation de la conformité "incomplète" (telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué), l'Union européenne a créé un *obstacle* au commerce.

7.825. Le Groupe spécial rappelle que, dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, la procédure d'évaluation de la conformité en cause ne pouvait pas permettre le commerce des produits conformes à la date de son entrée en vigueur. De même, dans le cas présent, une procédure d'évaluation de la conformité qui ne peut pas permettre le commerce des produits conformes à la date de son entrée en vigueur, ou du moins à la date d'entrée en vigueur de la prescription sous–jacente imposant d'utiliser une procédure d'évaluation de la conformité, peut constituer un obstacle au commerce international.[1142] Par conséquent, si la procédure de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué, en l'absence de règlements d'exécution, ne peut pas permettre le commerce des produits conformes à la date d'entrée en vigueur de la prescription exigeant une certification relative au faible risque de CIAS, elle pourrait constituer un "obstacle" au commerce. Comme c'est aussi le cas dans le contexte de l'article 2.2, le fait d'être un "obstacle" au commerce international ne rend pas, à lui seul, une procédure incompatible avec l'article 5.1.2. Au lieu de cela, une telle incompatibilité se limite aux seules procédures d'évaluation de la conformité qui créent des obstacles qui sont, en outre, "non nécessaires".[1143]

7.826. Le Groupe spécial considère que, d'après les éléments de preuve dont il dispose, il manque certaines règles détaillées dans la procédure de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué. Le considérant 18 du préambule du Règlement délégué et l'article 30.8 de la Directive RED II prévoient tous deux que de telles autres règles soient stipulées dans des actes d'exécution. Pour étayer cela, le Groupe spécial se réfère aux obligations de mise en œuvre de la Commission européenne et aux progrès réalisés dans ce domaine.[1144] Dans la présente procédure, l'Union européenne a reconnu qu'elle n'avait pas encore adopté les règles

[1141] Accord OTC, Annexe 1.3.

[1142] À cet égard, le Groupe spécial se réfère aux constatations qu'il formule plus haut, dans la section 7.1.1 du présent rapport, au sujet de la relation entre la part maximale de 7%, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et leur effet sur le commerce au titre de l'article 2.1 et 2.5 de l'Accord OTC. Il se réfère également à ses constatations au titre de l'article 5.6 qui examinent l'effet sur le commerce de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS.

[1143] Comme l'Organe d'appel l'a observé en ce qui concerne l'article 2.2, le contexte de l'article 2.2 "donne à penser que des "obstacles au commerce international" peuvent être permis dans la mesure où il n'aura pas été constaté qu'ils sont "non nécessaires", c'est-à-dire "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime"[, ce qui, à son tour,] étaye une lecture selon laquelle l'article 2.1 n'a pas pour effet d'interdire *a priori* tout obstacle au commerce international". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 171) Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319; et *Indonésie – Régimes de licences d'importation*, paragraphe 5.49. Le Groupe spécial considère que ce même raisonnement vaut pour l'article 5.1.2.

[1144] Voir la section 7.1.1 du présent rapport.

d'exécution requises.[1145] De plus, la Commission européenne reconnaît que les décisions reconnaissant les systèmes de certification indiquent qu'ils doivent être réévalués une fois que le Règlement d'exécution aura été adopté et qu'il entrera en vigueur.[1146] De l'avis du Groupe spécial, cela met en évidence l'importance de règles d'exécution détaillées pour la conduite d'une certification relative au faible risque de CIAS.

7.827. Le Groupe spécial examine ensuite si la procédure de certification relative au faible risque de CIAS incomplète (telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué), compte tenu de sa relation avec la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, a créé un obstacle *non nécessaire* au commerce international au sens de l'article 5.1.2.[1147] Il rappelle que, dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, il a été constaté qu'une procédure d'évaluation de la conformité qui ne pouvait pas être utilisée du tout (abstraction faite du rôle des systèmes volontaires) constituait un obstacle non nécessaire au commerce international.

7.828. Le Groupe spécial comprend que la Malaisie fait valoir que l'absence de règles détaillées sur la procédure de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué empêche qu'il y ait quelque certification que ce soit; la raison en est qu'en l'absence de telles règles détaillées, il est impossible de concevoir un système de certification national ou volontaire. Selon la Malaisie, cela signifie que la Commission européenne ne peut pas reconnaître de tels systèmes et que, de ce fait, les opérateurs économiques ne peuvent pas demander la certification (par exemple en recueillant les données financières et agricoles nécessaires, qui doivent se rapporter à une période d'exploitation d'au moins trois ans). La Malaisie fait valoir qu'en fin de compte, aucun biocarburant certifié comme présentant un faible risque de CIAS ne peut être utilisé pour atteindre les objectifs de consommation d'énergies renouvelables, car la certification est le seul moyen par lequel le biocarburant dérivé de l'huile de palme (actuellement le seul biocarburant présentant un risque élevé de CIAS) est exempté de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

7.829. Le Groupe spécial rappelle les faits suivants:

a. la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, qui a donné lieu à la nécessité d'une certification relative au faible risque de CIAS, est entrée en vigueur en 2019;

b. la date limite de mise en œuvre pour les États membres de l'UE était le 30 juin 2021;

c. l'Union européenne a reconnu certains systèmes de certification volontaire en avril 2022; et

d. le Règlement d'exécution a été adopté et publié et est entré en vigueur en juin 2022.

7.830. Le Groupe spécial note que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS sont en vigueur depuis le 10 juin 2019.[1148] Bien que les États membres de l'UE n'aient pas été obligés d'incorporer ces prescriptions dans leurs législations internes avant le 30 juin 2021, rien ne les empêchait de le

[1145] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1070 et 1074; deuxième communication écrite, paragraphe 185; et réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphe 778. Le Groupe spécial rappelle que le Règlement d'exécution a été adopté le 14 juin 2022. (Union européenne, observation sur la réponse de la Malaisie à la question n° 61 du Groupe spécial, paragraphe 108 (faisant référence à Règlement d'exécution (UE) n° 2022/996 de la Commission (pièce EU-329)))

[1146] Union européenne, réponse à la question n° 150 du Groupe spécial, paragraphes 776 et 777 (faisant référence à Décisions d'exécution de la Commission sur les systèmes volontaires (pièce EU-219)).

[1147] S'agissant de la relation entre ces mesures, voir la section 7.1.1 du présent rapport.

[1148] Bien qu'elle insiste initialement pour dire que la certification devient seulement nécessaire en 2023 avec l'entrée en vigueur de l'"élimination progressive", l'Union européenne elle-même précise que le "plafond" introduit un besoin de certification pour les biocarburants présentant un faible risque de CIAS, s'ils doivent pouvoir être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables au-delà des limites imposées par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Voir, par exemple, Union européenne, réponses aux questions du Groupe spécial n° 20, paragraphe 118, et n° 116, paragraphe 799.

faire.[1149] Il n'était donc pas possible d'utiliser la certification relative au faible risque de CIAS (telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué) dans les situations où cette certification était prescrite sur une période de trois ans. Même si l'on devait considérer le 30 juin 2021 (c'est–à–dire la date de transposition du plafond pour risque élevé de CIAS dans tous les États membres de l'UE) comme la date à laquelle la certification relative au faible risque de CIAS est devenue pertinente, il n'aurait pas été possible de mener à bien le processus consistant à concevoir un système de certification, à le faire reconnaître par l'Union européenne et à demander et obtenir effectivement la certification.

7.831. Le Groupe spécial considère que ces circonstances sont encore plus importantes étant donné que la certification relative au faible risque de CIAS, que ce soit par le biais des autorités désignées des États membres de l'UE ou de systèmes volontaires, est le *seul* moyen par lequel les lots d'un biocarburant présentant un risque élevé de CIAS peuvent bénéficier d'une exemption de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Étant donné que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS n'était pas opérationnelle, il n'y avait tout simplement aucun moyen par lequel une certification relative au faible risque de CIAS pouvait être accordée.

7.832. Le Groupe spécial observe que, bien qu'il y ait un nombre limité de systèmes de certification (~13) qui ont été approuvés, et qu'un petit nombre d'entre eux (~3) concernaient une certification relative au faible risque de CIAS, il ne considère pas que cela démontre que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS était disponible ou utilisable à compter de la date d'entrée en vigueur (ou de la dernière mise en œuvre) de la prescription exigeant une certification relative au faible risque de CIAS. En outre, les exemples de certification relative au faible risque de CIAS donnés par l'Union européenne concernent non pas l'huile de palme, mais le "tallol brut" (dont il est à noter qu'il n'est pas un biocarburant dérivé de cultures oléagineuses) et l'"huile de brassica carinata" (une plante oléagineuse). Aucun élément de preuve, du moins tel que présenté dans le cadre de la présente procédure, n'indique que ces huiles relèvent de la seule catégorie de biocarburants qui nécessitent une certification relative au faible risque de CIAS, c'est-à-dire les biocarburants présentant un risque élevé de CIAS (qui, à ce jour, est limitée à l'huile de palme). De fait, ces éléments de preuve confirment tout au plus que la certification des lots de biocarburant dérivé de l'huile de palme n'était pas possible avant avril 2022 (avec l'approbation des premiers systèmes de certification), et que même alors, elle l'a seulement été de façon provisoire.[1150]

7.833. Le Groupe spécial est sensible au fait que la conception et la mise en place d'un système de certification sont elles–mêmes un exercice chronophage et coûteux. Cela est d'autant plus vrai lorsque cette conception et ce fonctionnement doivent être révisés suite à la publication tardive d'une législation, ce qui occasionne un coût additionnel pour les organisateurs et les utilisateurs du système. Par conséquent, le Groupe spécial ne considère pas que l'option consistant à concevoir (au risque de le faire de manière incorrecte) un système de certification volontaire fondé sur le cadre prévu à l'article 6 du Règlement délégué, qui reconnaît explicitement les règles détaillées manquantes, aurait été une ligne de conduite raisonnable à laquelle s'attendre. Le niveau de détail ajouté par le Règlement d'exécution publié démontre encore ce point.[1151]

7.834. Le Groupe spécial n'estime pas nécessaire d'examiner s'il existe une ou plusieurs mesures de rechange moins restrictives pour le commerce pour établir que les lacunes dans la mise en œuvre de la procédure relative au faible risque de CIAS ont créé des obstacles non nécessaires au commerce international. Il rappelle que l'allégation formulée dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*

[1149] Le Groupe spécial note que cette date limite de mise en œuvre n'empêchait pas, en théorie ou en pratique, les États membres de l'UE de procéder à la mise en œuvre antérieurement, ce qui n'est pas contesté par les parties. Par exemple, l'Autriche a introduit le plafond pour les biocarburants présentant un risque élevé de CIAS à compter du 1er janvier 2021 et une élimination complète à compter du 1er juillet 2021, soit beaucoup plus tôt que la période 2023-2030 prévue par la Directive RED II. (Voir Indonésie, communication en tant que tierce partie, paragraphe 43 (faisant référence à Examples of EU member States' measures restricting oil palm crop-based biofuel (pièce IDN-1)). Voir aussi Malaisie, première communication écrite, paragraphe 399.)

[1150] Le Groupe spécial note que les décisions de la Commission européenne approuvant les systèmes de certification volontaires susmentionnés stipulent expressément que leur approbation sera révisée une fois que les règles d'exécution détaillées (c'est-à-dire le Règlement d'exécution) entreront en vigueur. Voir Décisions d'exécution de la Commission sur les systèmes volontaires (pièce EU-219).

[1151] L'Union européenne elle-même se réfère à un certain nombre de domaines dans lesquels des détails opérationnels ont été ajoutés aux critères relatifs au faible risque de CIAS par le biais du Règlement d'exécution, à la suite, par exemple, d'une étude pilote, indiquant que des détails importants manquaient avant la publication du Règlement d'exécution. (Voir Union européenne, observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 61 du Groupe spécial.)

était également fondée sur la première phrase de l'article 5.1.2 et que le Groupe spécial chargé de cette affaire n'a pas examiné de mesures de rechange pour constater qu'une procédure d'évaluation de la conformité qui ne pouvait pas permettre le commerce des produits conformes, malgré l'entrée en vigueur du régime de l'UE applicable aux produits dérivés du phoque, créait un obstacle non nécessaire au commerce international.[1152] Le Groupe spécial observe que cette approche est par ailleurs entièrement compatible avec l'approche suivie dans le contexte des critères de la nécessité au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article XX du GATT de 1994.[1153] Par conséquent, le Groupe spécial n'estime pas nécessaire d'examiner plus avant les arguments des parties concernant des mesures de rechange au titre de l'article 5.1.2.

#### 7.1.3.3.5 Caractère strict ou application stricte de la certification relative au faible risque de CIAS

7.835. La Malaisie fait également valoir que la certification relative au faible risque de CIAS est plus stricte ou appliquée de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire pour donner à l'Union européenne une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques applicables, compte tenu des risques que la non–conformité entraînerait.[1154] Le Groupe spécial comprend que cet argument repose aussi sur l'argument selon lequel l'Union européenne exige une certification pour bénéficier de l'exception limitée pour faible risque de CIAS, mais rend impossible l'obtention de la certification, étant donné l'absence d'autres règles détaillées concernant la certification relative au faible risque de CIAS.[1155] La Malaisie fait d'autres affirmations au sujet de l'objectif de cette mesure et de son caractère restrictif pour le commerce et présente diverses mesures de rechange.

7.836. La Malaisie fait essentiellement valoir que les mêmes aspects de la certification relative au faible risque de CIAS (tels qu'établis à l'article 6 du Règlement délégué) examinés au titre de la première phrase de l'article 5.1.2 illustrent également une violation de la seconde phrase de l'article 5.1.2. Il rappelle que l'article 5.1.2 traite de la "nécessité" d'une mesure, dont le sens particulier est éclairé par l'article 5.1.2 lui–même. La première phrase de l'article 5.1.2, qui fait référence aux obstacles non nécessaires au commerce international, énonce une obligation générale, tandis que la seconde phrase, qui fait référence au caractère strict ou à l'application stricte d'une procédure d'évaluation de la conformité, est un exemple de l'obligation générale. Cela ressort clairement du libellé "[c]ela signifie, entre autres choses".[1156] Par conséquent, un plaignant n'a pas besoin de montrer à la fois qu'une mesure constitue un obstacle non nécessaire au commerce international *et* qu'elle est plus stricte qu'il n'est nécessaire ou appliquée de manière plus stricte qu'il n'est nécessaire. En outre, bien que le caractère strict ou l'application stricte d'une procédure d'évaluation de la conformité puisse équivaloir à un obstacle non nécessaire au commerce international, il ne s'agit pas des seuls moyens de démontrer qu'il y a un obstacle non nécessaire au commerce international au titre de l'article 5.1.2.

7.837. Le Groupe spécial a constaté plus haut que la Malaisie avait démontré que le caractère incomplet de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué faisait qu'elle ne pouvait pas être utilisée comme exemption à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS comme prévu, et qu'il y avait donc un obstacle non nécessaire au commerce international. Par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'il formule d'autres constatations au sujet de la seconde phrase de l'article 5.1.2 afin de régler le

[1152] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 7.527 et 7.528.

[1153] Dans le contexte de l'article XX du GATT de 1994, les groupes spéciaux peuvent procéder à un examen liminaire pour évaluer si la mesure contestée est conçue pour protéger l'intérêt visé à l'alinéa invoqué. Dans les cas où un groupe spécial constate qu'une mesure est inapte à répondre à l'objectif déclaré, il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse pour déterminer si cette mesure est "nécessaire" à la protection de cet objectif, et encore moins s'il existe une ou plusieurs mesures de rechange moins restrictives pour le commerce. (Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.68.) Dans le contexte du critère de la nécessité au titre de l'article XX et de l'article 2.2, un groupe spécial n'a pas besoin de procéder ensuite à une comparaison entre la mesure et les mesures de rechange proposées si la mesure "n'apporte *aucune* contribution à l'accomplissement de l'objectif légitime". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, note de bas de page 647 relative au paragraphe 322)

[1154] Voir, par exemple, Malaisie, première communication écrite, paragraphes 755 et 765 à 772.

[1155] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 771.

[1156] Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphes 5.182 et 5.183; et rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 7.413.

présent différend, en particulier étant donné que l'allégation au titre de cette phrase est fondée sur les mêmes lacunes alléguées de la certification relative au faible risque de CIAS.

#### 7.1.3.3.6 Conclusion concernant l'article 5.1.2

7.838. Le Groupe spécial constate que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué, est incompatible avec l'article 5.1.2 de l'Accord OTC car des lacunes dans la mise en œuvre de la procédure relative au faible risque de CIAS ont créé des obstacles non nécessaires au commerce international.

### 7.1.3.4 Article 5.2.1 – Aussi vite que possible

#### 7.1.3.4.1 Introduction

7.839. Le Groupe spécial examine maintenant l'allégation au titre de l'article 5.2.1 de l'Accord OTC.

7.840. La Malaisie affirme[1157] que l'Union européenne viole l'article 5.2.1 en ne faisant pas en sorte que les règles d'exécution détaillées requises pour engager et achever la procédure de certification relative au faible risque de CIAS soient rendues accessibles aussi rapidement que possible. Plus spécifiquement, la Malaisie fait valoir qu'étant donné que l'Union européenne n'a pas adopté de règles d'exécution prévoyant les éléments nécessaires qui permettent d'obtenir la certification, il est impossible de concevoir et de faire approuver un quelconque système de certification et, pour les producteurs, de commencer à se préparer pour la certification en recueillant des données financières et agricoles, de sorte qu'il a été impossible d'engager ou d'achever vite une quelconque certification relative au faible risque de CIAS.[1158]

7.841. L'Union européenne affirme[1159] qu'il n'y a pas violation de l'article 5.2.1. Bien que l'Union européenne reconnaisse que, d'un point de vue factuel, elle n'a pas adopté de règles d'exécution détaillées relatives à la certification[1160], elle soutient que l'adoption de telles règles n'est pas indispensable pour mener à bien la certification.[1161]

#### 7.1.3.4.2 Critère juridique

7.842. L'article 5.2.1, lu conjointement avec la clause introductive de l'article 5.2, énonce l'obligation suivante:

> 5.2 Lorsqu'ils mettront en œuvre les dispositions du paragraphe 1, les Membres feront en sorte:
>
> > 5.2.1 que les procédures d'évaluation de la conformité soient engagées et achevées aussi vite que possible et dans un ordre qui ne soit pas moins favorable pour les produits originaires du territoire d'autres Membres que pour les produits similaires d'origine nationale[.]

7.843. L'article 5.2.1 a été interprété et appliqué dans une affaire antérieure, *CE – Produits dérivés du phoque*, et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à cette affaire.

7.844. Pour établir l'existence d'une violation de l'article 5.2.1, il faut établir les éléments ci-après[1162]:

a. le Membre qui réglemente met en œuvre les dispositions de l'article 5.1; et

---

[1157] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 801 à 807; deuxième communication écrite, paragraphe 296.
[1158] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 805.
[1159] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1078 à 1084; deuxième communication écrite, paragraphes 185 à 191.
[1160] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1081.
[1161] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1081.
[1162] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.556.

b. le Membre qui réglemente n'a pas fait en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité soient "engagées et achevées" "aussi vite que possible"; ou

c. le Membre qui réglemente a engagé et achevé les procédures d'évaluation de la conformité dans un "ordre … moins favorable" pour les produits originaires du territoire d'autres Membres que pour les produits similaires d'origine nationale.

7.845. L'article 5.2.1 contient donc deux obligations distinctes pour les Membres qui mettent en œuvre les dispositions de l'article 5.1. Une violation peut être établie si un Membre: i) ne fait pas en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité soient engagées et achevées aussi vite que possible; ou ii) engage ou achève les procédures d'évaluation de la conformité dans un ordre moins favorable pour les produits d'origine étrangère que pour les produits d'origine nationale. Le Groupe spécial comprend que l'allégation de la Malaisie est fondée uniquement sur la première obligation ("aussi vite que possible").

7.846. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 5.2.1 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.3.4.3 Évaluation du Groupe spécial

7.847. Le Groupe spécial considère que l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 5.2.1 repose sur le moment où l'on peut considérer que l'obligation énoncée dans cette disposition s'applique.

7.848. Le Groupe spécial comprend que l'allégation de la Malaisie repose sur une interprétation de l'article 5.2.1 qui donne à penser qu'il y a violation dans les circonstances où, en raison de règles incomplètes régissant une procédure de certification, la certification ne peut pas avoir lieu.[1163] Il prend note de l'explication de la Malaisie selon laquelle, sans conditions clairement définies régissant la procédure de certification, les systèmes de certification ne peuvent pas être conçus, reconnus ni utilisés pour assurer la certification, bien qu'il y ait une prescription en matière de certification en vigueur.[1164] Le Groupe spécial comprend que c'est sur cette base que la Malaisie soutient que l'Union européenne ne fait pas en sorte que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS soit "engagée[] et achevée[]" "aussi vite que possible". Il comprend donc que la question d'interprétation pertinente est de savoir si une procédure de certification "incomplète" qui, de l'avis de la Malaisie, ne peut pas être engagée du tout engage l'obligation énoncée à l'article 5.2.1.

7.849. En ce qui concerne l'interprétation, la Malaisie estime que l'article 5.2.1 s'applique à tous les aspects d'une procédure d'évaluation de la conformité, y compris les demandes de certification individuelles ainsi que les demandes d'accréditation pour l'exécution de procédures d'évaluation de la conformité, conformément à la liste exemplative de procédures d'évaluation de la conformité figurant dans la *note explicative relative* à l'Annexe 1.3.[1165] Elle estime en outre que, bien que l'obligation énoncée à l'article 5.2.1 soit engagée dans les cas où une demande individuelle a été reçue, elle ne devrait pas se limiter à de tels cas.[1166]

7.850. L'Union européenne répond qu'elle ne s'exprime pas sur les affirmations de la Malaisie concernant la nature et l'étendue des obligations énoncées à l'article 5.2.1 et ne fait aucune concession quant à leur validité.[1167] Elle affirme néanmoins que l'article 5.2.1 présuppose que les systèmes de certification relative au faible risque de CIAS sont déjà appliqués, ce qui, au moment de sa deuxième communication écrite, n'est "actuellement pas le cas".[1168]

---

[1163] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 805. Le Groupe spécial n'examine aucun argument concernant les *critères* relatifs au faible risque de CIAS, étant donné sa constatation selon laquelle ceux-ci ne font pas partie de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, qui est la mesure en cause dont il est allégué qu'elle est une procédure d'évaluation de la conformité. (Voir les constatations formulées par le Groupe spécial dans le contexte de l'Annexe 1.3.)

[1164] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 805.

[1165] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 804. Voir la section 7.1.3.1 du présent rapport pour la liste exemplative complète de la *note explicative* relative à l'Annexe 1.3.

[1166] Voir Malaisie, première communication écrite, paragraphes 804 et 805.

[1167] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1080.

[1168] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 190.

7.851. Le Groupe spécial observe que le texte de la clause introductive de l'article 5.2 indique que l'article 5.2.1 s'applique aux Membres "[l]orsqu'ils mettront en œuvre les dispositions du paragraphe 1" (c'est–à–dire de l'article 5.1). Il rappelle que les dispositions de l'article 5.1 concernent "l'élaboration, l'adoption et l'application" d'une procédure d'évaluation de la conformité. Cela pourrait être interprété comme signifiant que l'acte de "[mise] en œuvre" au titre de l'article 5.2 pourrait concerner non seulement l'"application" d'une procédure d'évaluation de la conformité, mais aussi son "élaboration" et son "adoption". Toutefois, le Groupe spécial considère que, comme l'article 5.2.1 énonce l'obligation de faire en sorte que "les procédures … soient engagées et achevées" aussi vite que possible, cela implique que les procédures d'évaluation de la conformité existent déjà et que l'article 5.2.1 concerne uniquement leur application et leur achèvement imminent.

7.852. Cette lecture est étayée par l'analyse du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*. Ce groupe spécial a également examiné le moment où l'obligation d'"engager et achever" une procédure d'évaluation de la conformité est déclenchée au cours du processus de mise en œuvre d'une procédure d'évaluation de la conformité. Il a considéré que l'obligation énoncée à l'article 5.2.1 "concern[ait] seulement l'application d'une PEC".[1169] Le Groupe spécial s'est en outre référé à l'Annexe C 1) a) de l'Accord SPS, qui fait référence au fait d'engager et d'achever les procédures d'homologation sans "retard injustifié", et a rappelé que, dans le contexte de l'Accord SPS, le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* avait conclu que l'obligation "couvr[ait] tous les stades des procédures d'approbation et devrait être considérée comme signifiant que, *dès qu'une demande [avait] été reçue*, les procédures d'approbation [devaient] être entamées puis exécutées du début à la fin".[1170] Le Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque* a conclu que l'obligation énoncée à l'article 5.2.1 s'appliquait de même à la mise en œuvre d'une procédure d'évaluation de la conformité "à compter du moment où une demande de reconnaissance [avait] été reçue et jusqu'à l'achèvement du processus".[1171]

7.853. Le Groupe spécial rappelle l'argument de la Malaisie selon lequel l'absence de règles détaillées régissant la procédure de certification (telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué) fait que la procédure ne peut même pas commencer en raison d'une incapacité de concevoir des systèmes de certification en premier lieu, de sorte qu'un système de certification est inutilisable en théorie comme en pratique. De ce point de vue, un système de certification ne peut pas fonctionner, que la demande pertinente soit une demande d'accréditation ou de conformité. Le Groupe spécial comprend que la Malaisie fait valoir qu'il s'ensuit, du fait de ce caractère inutilisable, que le Membre qui réglemente ne fait pas en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité soient engagées et achevées aussi vite que possible.

7.854. Le Groupe spécial considère que la perception de la Malaisie l'obligerait à aller au–delà de l'interprétation de l'article 5.2.1 exposée plus haut. Par sa référence à la mise en œuvre de l'application des procédures d'évaluation de la conformité, le libellé de l'article 5.2.1 limite son champ d'application à un sous–ensemble de procédures d'évaluation de la conformité, à savoir uniquement celles qui peuvent elles–mêmes être appliquées (c'est–à–dire qu'elles peuvent être "engagées" et "achevées"). De l'avis du Groupe spécial, il ne doit pas nécessairement y avoir "mise en œuvre intégrale" d'une procédure d'évaluation de la conformité, à condition que ces procédures puissent être appliquées, et à condition que, conformément à ces procédures, les demandes individuelles puissent être "engagées" et "achevées".

7.855. Le Groupe spécial ne laisse pas entendre que le champ d'application de l'obligation énoncée à l'article 5.2.1 se limite aux demandes individuelles.[1172] Il n'exclut pas non plus la possibilité d'une allégation en tant que tel dans des circonstances où il y a des éléments d'une procédure d'évaluation de la conformité qui, par leurs termes, empêchent les autorités compétentes de les engager et de les achever aussi vite que possible. Le Groupe spécial considère toutefois qu'en tout état de cause, l'article 5.2.1 est, en principe, applicable uniquement dans les cas où il existe des procédures

[1169] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.558.

[1170] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.562 (faisant référence aux rapports du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1494 (pas de mise en relief dans l'original)).

[1171] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.563.

[1172] Le Groupe spécial note à cet égard que, contrairement à l'article 5.1.2, l'article 5.2.2 contient des termes qui se rapportent à des demandes individuelles (par exemple "*le* requérant", "*la* demande", "*chaque* procédure d'évaluation de la conformité"). Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphes 7.553 à 7.565, 7.783, 7.588 à 7.590, 7.794, 7.797, 7.800 et 7.801.

d'évaluation de la conformité pouvant être appliquées, conformément auxquelles des demandes individuelles peuvent être engagées et achevées.

7.856. Le Groupe spécial considère que l'allégation de la Malaisie est effectivement que l'Union européenne n'a pas "engagé[] et achevé[]" l'adoption d'*une procédure d'évaluation de la conformité fonctionnelle* "aussi vite que possible". Pour les raisons exposées plus haut, une telle affirmation, même si elle est correcte, ne relève pas de l'obligation énoncée à l'article 5.2.1.[1173]

#### 7.1.3.4.4 Conclusion concernant l'article 5.2.1

7.857. Le Groupe spécial conclut que la Malaisie n'a pas établi que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 5.2.1 de l'Accord OTC de faire en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité soient engagées et achevées aussi vite que possible.

### 7.1.3.5 Article 5.6.1, 5.6.2 et 5.6.4 – Procédures projetées d'évaluation de la conformité

#### 7.1.3.5.1 Introduction

7.858. Le Groupe spécial examine maintenant les allégations au titre de l'article 5.6 de l'Accord OTC, qui se rapportent aux obligations distinctes en matière de transparence énoncées à l'article 5.6.1, 5.6.2 et 5.6.4. Il examine ces allégations ensemble étant donné la relation entre ces dispositions et la manière dont les parties ont développé leurs arguments en l'espèce.

7.859. La Malaisie affirme[1174] que l'Union européenne viole ces obligations distinctes énoncées à l'article 5.6. Plus spécifiquement, elle allègue que l'Union européenne viole i) l'article 5.6.1 de l'Accord OTC en ne faisant pas paraître, assez tôt, un avis selon lequel elle projette d'adopter une procédure d'évaluation de la conformité, pour permettre aux parties intéressées en Malaisie et dans d'autres Membres de l'OMC d'en prendre connaissance; ii) l'article 5.6.2 en ne notifiant pas les propositions relatives à la Directive RED II et au Règlement délégué; et iii) l'article 5.6.4 en n'organisant pas un processus utile de formulation d'observations sur la proposition relative à la Directive RED II et la proposition relative au Règlement délégué.

7.860. L'Union européenne affirme[1175] qu'elle n'est pas soumise aux prescriptions procédurales de l'article 5.6 parce que la certification relative au faible risque de CIAS n'est pas une procédure d'évaluation de la conformité. Elle ne répond pas aux affirmations de la Malaisie sur la nature et l'étendue des obligations énoncées à l'article 5.6. Elle considère plutôt que, comme les mesures visées par la plainte ne prendront pas effet avant décembre 2023 et que des règles d'exécution détaillées n'ont pas encore été adoptées, les allégations de la Malaisie sont "hypothétiques et prématurées".

#### 7.1.3.5.2 Critère juridique

7.861. L'article 5.6 énonce plusieurs obligations distinctes en matière de transparence en ce qui concerne les procédures d'évaluation de la conformité projetées:

> 5.6 Chaque fois qu'il n'existera pas de guide ni de recommandation pertinent émanant d'un organisme international à activité normative, ou que la teneur technique d'une procédure projetée d'évaluation de la conformité ne sera pas conforme aux guides et recommandations pertinents émanant d'organismes internationaux à activité normative, et si la procédure d'évaluation de la conformité peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, les Membres:

[1173] Pour cette raison, le Groupe spécial n'estime pas nécessaire d'examiner les arguments additionnels de l'Union européenne selon lesquels les règlements d'exécution détaillés ne sont pas indispensables pour mener à bien la certification; ni les arguments concernant l'absence de demandes de reconnaissance de systèmes volontaires.

[1174] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 808 à 823; deuxième communication écrite, paragraphes 297 à 299.

[1175] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1085 à 1089; deuxième communication écrite, paragraphes 192 et 193.

5.6.1 feront paraître dans une publication, assez tôt pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance, un avis selon lequel ils projettent d'adopter une procédure d'évaluation de la conformité;

5.6.2 notifieront aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seront visés par la procédure projetée d'évaluation de la conformité, 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;

5.6.3 fourniront, sur demande, aux autres Membres des détails sur la procédure projetée ou le texte de ce projet et, chaque fois que cela sera possible, identifieront les éléments qui diffèrent en substance des guides ou recommandations pertinents émanant d'organismes internationaux à activité normative;

5.6.4 ménageront, sans discrimination, un délai raisonnable aux autres Membres pour leur permettre de présenter leurs observations par écrit, discuteront de ces observations si demande leur en est faite, et tiendront compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions.

7.862. L'article 5.6 n'a pas été interprété ni appliqué dans des affaires antérieures. Toutefois, les obligations qui y sont énoncées en ce qui concerne les procédures projetées d'évaluation de la conformité reprennent celles qui sont énoncées à l'article 2.9 de l'Accord OTC (en ce qui concerne les règlements techniques projetés) et il apparaît qu'il n'y a pas de désaccord fondamental entre les parties sur les éléments de ce critère, tels que décrits ci–après.

7.863. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 5.6.1, 5.6.2 et 5.6.4 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.3.5.3 Texte introductif de l'article 5.6

7.864. Les obligations au titre de l'article 5.6 s'appliquent en ce qui concerne une procédure d'évaluation de la conformité lorsque les deux conditions énoncées dans le texte introductif dudit article sont remplies, à savoir:

a. il n'existe pas de guide ni de recommandation pertinent émanant d'un organisme international à activité normative, ou la teneur technique d'une procédure projetée d'évaluation de la conformité n'est pas conforme aux guides et recommandations pertinents émanant d'organismes internationaux à activité normative; et

b. la procédure projetée d'évaluation de la conformité peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres.

7.865. S'agissant de la première condition énoncée dans le texte introductif, la Malaisie fait valoir que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS n'est pas conforme à un guide pertinent ou à une recommandation pertinente, à savoir la norme ISO/CEI 17007:2010. Selon elle, la raison en est que l'Union européenne n'a pas adopté et/ou mis à la disposition du public tous les éléments pertinents de cette procédure, de sorte que les systèmes de certification ne peuvent pas être conçus et que les demandes d'évaluation de la conformité ne peuvent pas être faites.[1176]

7.866. Le Groupe spécial comprend que la norme ISO/CEI 17007:2010, intitulée "*Évaluation de la conformité – Directives pour la rédaction de documents normatifs appropriés pour l'évaluation de la*

[1176] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 816 (faisant référence à ISO/IEC 17007:2010 (pièce MYS-52), paragraphes 4.3, 4.5 et 5.2.2).

*conformité*", est pertinente pour toutes les procédures d'évaluation de la conformité.[1177] Elle énonce des principes sous forme de directives pour l'élaboration des procédures d'évaluation de la conformité.

7.867. D'après le principe 2, *toutes les parties intéressées*, telles qu'un *fabricant*, un *fournisseur*, un *utilisateur* ou un *acheteur* d'un produit ou un organisme indépendant, *doivent pouvoir évaluer la conformité des produits* avec les spécifications pertinentes sur la base d'un document écrit. D'après le principe 4, les exigences relatives aux objets de l'évaluation de la conformité et les exigences relatives aux activités d'évaluation de la conformité devraient être précisées d'une *manière claire et sans ambiguïté*, avec suffisamment de détails pour faire en sorte que les résultats de l'évaluation de la conformité soient comparables et reproductibles. En outre, le paragraphe 5.2.2 indique que les exigences spécifiées devraient être rédigées de manière à être *claires, directes et précises et donner lieu à une interprétation exacte et uniforme*, de sorte que les parties qui utilisent les documents normatifs puissent tirer du contenu du document normatif une perception commune de son sens et de son intention. Le paragraphe 5.2.9 indique en outre que les exigences spécifiées devraient être indiquées *sans ambiguïté, selon un libellé qui soit objectif, logique, valable et spécifique*.

7.868. L'Union européenne indique que la certification relative au faible risque de CIAS n'est pas une procédure d'évaluation de la conformité, de sorte qu'elle n'est pas soumise aux prescriptions procédurales énoncées à l'article 5.6.[1178] Au–delà de cela, elle ne répond pas spécifiquement à l'affirmation de la Malaisie selon laquelle la norme ISO/CEI 17007:2010 est un "guide pertinent ou une recommandation pertinente" au sens du texte introductif de l'article 5.6, et la procédure de certification relative au faible risque de CIAS n'est pas "conforme aux" principes susmentionnés.

7.869. Le Groupe spécial rappelle la constatation qu'il formule plus haut selon laquelle la procédure de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué, en l'absence de règles détaillées qui, comme l'admet l'Union européenne, doivent suivre dans des règlements d'exécution, est incomplète et non fonctionnelle. Il rappelle également ses constatations concernant l'article 2.1, selon lesquelles certains éléments des critères relatifs au faible risque de CIAS ne sont pas suffisamment définis. En conséquence, le Groupe spécial est convaincu que les principes de la norme ISO/CEI 17007:2010 exposés plus haut n'ont pas été respectés et que, par conséquent, la procédure de certification relative au faible risque de CIAS n'y est pas "conforme".[1179]

7.870. En ce qui concerne la seconde condition du texte introductif, le Groupe spécial rappelle sa constatation antérieure, formulée dans le contexte de l'allégation au titre de l'article 2.5, selon laquelle la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques "pouvant avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres" aux fins de l'article 2.5 et 2.9 de l'Accord OTC.

7.871. Bien que ce raisonnement porte sur la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le Groupe spécial considère que son raisonnement mène aussi à la conclusion que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS peut, par extension, avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres. La raison en est que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est liée à la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, dont le Groupe spécial a constaté plus haut qu'elle déterminait directement ou indirectement si les "prescriptions pertinentes" de ce règlement

[1177] Le Groupe spécial note qu'il n'apparaît pas que la clause 1 ("Domaine d'application") de la norme ISO/CEI 17007:2010 limite les directives énoncées dans ce document à certains types de procédures d'évaluation de la conformité. Bien que la clause 4.4 ("Principe 3: approche fonctionnelle de l'évaluation de la conformité") reconnaisse que chacun des différents types d'utilisateurs de l'évaluation de la conformité a des besoins spécifiques et que, de ce fait, la manière dont l'évaluation de la conformité est effectuée est très variée, tous les types d'évaluation de la conformité suivent la même approche générale, caractérisée par les fonctions énumérées plus haut.

[1178] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1086; deuxième communication écrite, paragraphe 192.

[1179] Le Groupe spécial note l'obligation énoncée à l'article 5.6.3 de l'Accord OTC selon laquelle, chaque fois que cela sera possible, les Membres identifieront les éléments d'une procédure projetée d'évaluation de la conformité qui diffèrent en substance des guides et recommandations pertinents. D'après ce qu'il comprend, l'article 5.6.3 n'apporte pas à la prescription du texte introductif une précision faisant qu'elle exige nécessairement qu'un Membre défendeur ait fait sa propre évaluation selon laquelle une procédure projetée d'évaluation de la conformité diffère d'un guide pertinent ou d'une recommandation pertinente.

technique étaient respectées.[1180] Ainsi, la procédure de certification relative au faible risque de CIAS a une incidence sur le point de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'applique à certains lots de biocarburant présentant un risque élevé de CIAS. Dans la mesure où la possibilité d'une certification relative au faible risque de CIAS atténue l'effet de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sur le commerce d'autres Membres, elle peut être considérée comme une procédure d'évaluation de la conformité qui "peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres".

7.872. Sur cette base, le Groupe spécial considère qu'il est satisfait aux conditions énoncées dans le texte introductif de l'article 5.6.

#### 7.1.3.5.4 Article 5.6.1 – notification d'une intention de réglementer

7.873. L'article 5.6.1 exige la notification d'une intention de réglementer au niveau national au moyen d'une procédure projetée d'évaluation de la conformité. Cette obligation précède, dans le temps, l'obligation énoncée à l'article 5.6.2 de notifier au Secrétariat de l'OMC au niveau multilatéral un projet de procédure d'évaluation de la conformité et l'obligation ultérieure énoncée à l'article 5.6.4 de prévoir un processus de présentation d'observations avant l'adoption d'une procédure projetée d'évaluation de la conformité.

7.874. La Malaisie note que l'Union européenne a d'abord publié un avis sur le projet de règlement délégué, qui énonce la procédure projetée de certification relative au faible risque de CIAS, le 8 février 2019, et que le Règlement délégué a été adopté le 13 mars 2019. Selon la Malaisie, tout avis publié le 8 février 2019 n'est pas intervenu tôt dans le processus conduisant à l'adoption du Règlement délégué et de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS.[1181] L'Union européenne indique que, "d'un point de vue factuel", il y a eu une procédure de présentation d'observations entre le 8 février 2019 et le 8 mars 2019, et se réfère à un atelier d'experts tenu le 19 novembre 2018 et à une réunion avec les parties prenantes tenue le 5 mars 2019.[1182]

7.875. Bien que l'Union européenne se réfère, au titre des articles 2.9.4 et 5.6, à diverses consultations, conférences, ateliers et discussions bilatérales antérieurs à la publication du projet de mesure complet, elle ne fait pas valoir qu'elle a fait paraître un avis, que la procédure d'évaluation de la conformité a été identifiée, ou qu'elle a été identifiée de manière à permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance. Ayant constaté que les prescriptions procédurales de l'article 5.6 s'appliquaient, le Groupe spécial considère donc qu'il y a violation de l'article 5.6.1.

#### 7.1.3.5.5 Article 5.6.2 – notification au Secrétariat de l'OMC

7.876. Le Groupe spécial considère que l'article 5.6.2 (conjointement avec l'article 2.9.2) 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".[1183]

7.877. Plus spécifiquement, l'article 5.6.2 prescrit aux Membres de notifier aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat de l'OMC, les procédures projetées d'évaluation de la conformité, assez tôt, lorsque des modifications peuvent encore être apportées et que les observations peuvent encore être prises en compte. Cette obligation est parallèle à celle de l'article 2.9.2 et devrait s'appliquer indépendamment du point de savoir si un autre Membre a demandé la notification et si des renseignements concernant le projet de procédure d'évaluation de la conformité étaient accessibles au public d'une autre manière.[1184]

---

[1180] Le Groupe spécial se réfère à la relation entre les mesures en cause, exposée dans les sections 7.1.1 et 7.1.3.1 du présent rapport.

[1181] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 820 (faisant référence à Projet de règlement délégué (pièce MYS-50)).

[1182] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1087; deuxième communication écrite, paragraphe 193 (faisant référence à Projet de règlement délégué (pièce MYS-50), page 2).

[1183] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.536.

[1184] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.535, 7.540 et 7.541.

7.878. Le Groupe spécial note que, comme l'a fait remarquer la Malaisie, les propositions concernant la Directive RED II et le Règlement délégué (le Règlement délégué contenant la procédure projetée de certification relative au faible risque de CIAS) n'ont pas été notifiées au Secrétariat de l'OMC, comme il ressort d'une recherche de notifications sur le système TBT IMS.[1185] Sur cette base, le Groupe spécial constate qu'il y a violation de l'article 5.6.2.

#### 7.1.3.5.6 Article 5.6.4 – processus de présentation d'observations

7.879. L'article 5.6.4 prescrit aux Membres de ménager un délai raisonnable aux autres Membres pour leur permettre de présenter leurs observations par écrit, de discuter de ces observations si demande leur en est faite, et de tenir compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions lors de la finalisation des procédures projetées d'évaluation de la conformité. Comme il est indiqué plus haut, l'article 5.6.4 énonce une obligation équivalente au processus de présentation d'observations pour les règlements techniques projetés au titre de l'article 2.9.4. Le Groupe spécial rappelle les indications du Comité OTC[1186] sur les délais pour la présentation d'observations sur les procédures d'évaluation de la conformité notifiées et considère que ces facteurs sont pertinents en l'espèce: i) le délai normal pour la présentation d'observations devrait être d'au moins 60 jours, mais les Membres sont encouragés à ménager, chaque fois que cela est possible, une échéance supérieure à 60 jours, par exemple une échéance de 90 jours; ii) les pays développés Membres sont encouragés à ménager un délai supérieur à 60 jours pour la présentation d'observations afin d'améliorer la capacité des pays en développement Membres de formuler des observations sur les notifications conformément au principe du traitement spécial et différencié; et iii) un délai insuffisant pour la présentation d'observations sur les procédures projetées d'évaluation de la conformité peut empêcher les Membres d'exercer correctement leur droit de présenter des observations.

7.880. Les arguments de la Malaisie reprennent en grande partie ceux qui ont été avancés au titre de l'article 2.9.4, étant donné que c'est le projet de règlement délégué qui contenait la procédure projetée de certification relative au faible risque de CIAS.[1187] La Malaisie fait valoir en outre que, de par son calendrier, le processus informel de retour d'information pour le Règlement délégué projeté était insuffisant pour que l'Union européenne s'acquitte de ses obligations au titre de l'article 5.6.4. Compte tenu du calendrier de la période de retour d'information et de l'adoption du Règlement délégué, il n'y a pas eu assez de temps pour lire les observations, identifier les observations des Membres, examiner s'il y avait des demandes de discussion, tenir des discussions ou tenir compte des observations écrites entre les 9 et 12 mars 2019. L'Union européenne répond que, d'un point de vue factuel, elle a organisé une période de retour d'information de quatre semaines entre le 8 février 2019 et le 8 mars 2019.[1188]

7.881. Le Groupe spécial souscrit à l'argument de la Malaisie selon lequel il n'y a pas eu de processus utile de présentation d'observations, comme le prévoit l'article 5.6.4. Un délai d'un mois pour le retour d'information est insuffisant par rapport au délai minimum recommandé de 60 jours pour la présentation d'observations, et un délai de quatre jours pour traiter les observations ou tenir des discussions semble trop court pour donner effet aux obligations énoncées à l'article 5.6.4. Compte tenu de cela, et de la déclaration de l'Union européenne selon laquelle, d'un point de vue factuel, aucune procédure de présentation d'observations aux fins de l'article 5.6.4 n'a encore été organisée, le Groupe spécial considère que l'Union européenne ne s'est pas conformée à ses obligations au titre de l'article 5.6.4.[1189]

---

[1185] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 821.

[1186] Comité des obstacles techniques au commerce, Cinquième examen triennal du fonctionnement et de la mise en œuvre de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce au titre de l'article 15.4, G/TBT/26, paragraphes 39 et 40.

[1187] S'agissant de l'article 5.6.4, voir Malaisie, première communication écrite, paragraphe 822.

[1188] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 193 (faisant référence à Projet de règlement délégué (pièce MYS-50); et à Malaysian Palm Oil Council (MPOC), Comments on EC Commission Delegated Regulation (EU Ref Ares (2019)762855-08/02/2019) (pièce MYS-40)).

[1189] Le Groupe spécial considère par ailleurs que son raisonnement selon lequel l'obligation de notifier énoncée à l'article 2.9.2 se rapporte à l'obligation de prévoir une période pour la présentation d'observations au titre de l'article 2.9.4, et qu'elle a une incidence sur cette obligation, s'applique *mutatis mutandis* dans ce contexte. À cet égard, voir aussi le rapport du Groupe spécial *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 7.795, où le Groupe spécial s'est référé à l'Annexe B 5) a), B 5) b) et B 5 d) de l'Accord SPS, qui contient des obligations semblables à celles de l'article 5.6.1, 5.6.2 et 5.6.4.

#### 7.1.3.5.7 Conclusion concernant l'article 5.6.1, 5.6.2 et 5.6.4

7.882. Le Groupe spécial conclut que l'Union européenne a agi d'une manière incompatible avec l'article 5.6.1 de l'Accord OTC en ne faisant pas paraître un avis concernant la procédure projetée de certification relative au faible risque de CIAS assez tôt pour permettre aux parties intéressées en Malaisie et dans d'autres Membres de l'OMC d'en prendre connaissance.

7.883. Le Groupe spécial conclut que l'Union européenne a agi d'une manière incompatible avec l'article 5.6.2 de l'Accord OTC en ne notifiant pas la procédure projetée de certification relative au faible risque de CIAS.

7.884. Le Groupe spécial conclut que l'Union européenne a agi d'une manière incompatible avec l'article 5.6.4 de l'Accord OTC en n'organisant pas un processus de présentation d'observations concernant la procédure projetée de certification relative au faible risque de CIAS conformément aux prescriptions de cette disposition.

### 7.1.3.6 Annexe 5.8 – Publication des procédures d'évaluation de la conformité adoptées

#### 7.1.3.6.1 Introduction

7.885. Le Groupe spécial examine maintenant l'allégation au titre de l'article 5.8 de l'Accord OTC.

7.886. La Malaisie affirme[1190] que l'Union européenne viole l'article 5.8 en ne publiant pas dans les moindres délais et en ne rendant pas autrement accessible la procédure d'évaluation de la conformité pour la certification du biocarburant dérivé du palmier à huile comme présentant un faible risque de CIAS. Plus spécifiquement, elle soutient que, bien que certains éléments de la procédure d'évaluation de la conformité aient été publiés (à savoir l'article 26 de la Directive RED II et les articles 4 à 6 du Règlement délégué), d'autres éléments (par exemple les règles détaillées concernant la certification relative au faible risque de CIAS dans tous règlements d'application prévus) n'ont pas été publiés ou rendus accessibles au sens de l'article 5.8.[1191] La Malaisie indique en outre la concession factuelle de l'Union européenne selon laquelle elle n'a pas encore adopté, publié ou rendu accessibles des règles d'exécution détaillées concernant la certification relative au faible risque de CIAS, et note que la prescription concernant la certification relative au faible risque de CIAS a pris effet le 10 juin 2019.[1192] Elle considère que cette absence de détails fait qu'il n'est pas possible de concevoir des systèmes nationaux ou volontaires.[1193]

7.887. L'Union européenne affirme[1194] que la Malaisie n'a pas établi qu'il y avait violation de l'article 5.8. Plus spécifiquement, elle fait valoir que la certification relative au faible risque de CIAS ne peut pas être qualifiée à bon droit de procédure d'évaluation de la conformité et qu'elle n'était donc "pas soumise aux prescriptions procédurales" de l'Accord OTC.[1195] Pour cette raison, l'Union européenne ne s'exprime pas sur les affirmations de la Malaisie sur la "nature et l'étendue" des obligations énoncées à l'article 5.8, mais ne concède pas non plus leur validité.[1196] Toutefois, "d'un point de vue factuel", l'Union européenne "reconnaît qu'elle n'a pas encore publié ou rendu

[1190] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 824 à 827; deuxième communication écrite, paragraphes 301 à 303; et observations sur les réponses de l'Union européenne à la deuxième série de questions du Groupe spécial, paragraphes 261 et 262.

[1191] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 826 et 827 (faisant référence au considérant 18 du Règlement délégué; au Rapport d'état, page 1; et à Contract notice by the European Commission, Belgium – Brussels: Support for the implementation of the Provisions on ILUC Set out in the Renewable Energy Directive, 2019/S 131-320816, OJ/S S131 and the Call for Tenders by the European Commission, Support for the Implementation of the Provisions on ILUC Set out in the Renewable Energy Directive, N° ENER/C2/2018-462 (pièce MYS-51)).

[1192] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 826; deuxième communication écrite, paragraphes 301 à 303. La Malaisie fait des affirmations sur la "maturité" pour ce qui est de présenter une allégation (également en ce qui concerne l'article 5.8). Voir Malaisie, observations sur la réponse de l'Union européenne aux questions n° 155 et 156 du Groupe spécial.

[1193] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 826.

[1194] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1091 à 1095; deuxième communication écrite, paragraphes 194 et 195; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 801 et 802.

[1195] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1091; deuxième communication écrite, paragraphe 194.

[1196] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1093.

accessible" la procédure de certification relative au faible risque de CIAS aux fins de l'article 5.8.[1197] Elle déclare en outre que les "mesures" visées par la plainte ne prennent pas effet "avant décembre 2023" et qu'elle n'a pas encore adopté les règles d'exécution détaillées, de sorte que les allégations de la Malaisie sont "hypothétiques et prématurées".[1198] L'Union européenne ajoute que l'article 5.8 s'applique uniquement lors de l'"adoption" de procédures d'évaluation de la conformité et que, comme le règlement d'exécution n'a pas encore été adopté, l'obligation de "publier/rendre accessible n'est pas encore applicable".[1199] Elle indique en outre qu'en tout état de cause, elle a "publié un projet de règlement d'exécution" bien avant l'adoption de tous règlements d'exécution.[1200]

#### 7.1.3.6.2 Critère juridique

7.888. L'article 5.8 énonce l'obligation suivante:

> Les Membres feront en sorte que toutes les procédures d'évaluation de la conformité qui auront été adoptées soient publiées dans les moindres délais ou rendues autrement accessibles pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance.

7.889. L'article 5.8 n'a pas été interprété ni appliqué dans des affaires antérieures. Toutefois, l'obligation reprend dans une certaine mesure l'obligation plus générale concernant la publication de règlements relatifs au commerce énoncée à l'article X:1 du GATT de 1994, et il apparaît qu'il n'y a pas de désaccord fondamental entre les parties sur les éléments de ce critère, tels que décrits ci–après.[1201]

7.890. Le libellé de l'article 5.8 indique que les éléments suivants doivent être présents pour établir l'existence d'une violation de l'article 5.8:

a. la procédure d'évaluation de la conformité en cause a été adoptée; et

b. la procédure d'évaluation de la conformité n'a pas été "publiée[] dans les moindres délais" ni "rendue[] autrement accessible[]" "pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance".

7.891. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 5.8 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.3.6.3 Évaluation du Groupe spécial

7.892. Le Groupe spécial a constaté plus haut que la Malaisie avait établi l'existence d'une violation de l'article 5.1.2 au motif qu'il manquait à la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué, des règles détaillées permettant à la certification relative au faible risque de CIAS d'avoir lieu.[1202] Ces règles détaillées figurent désormais dans le Règlement d'exécution adopté le 14 juin 2022 et publié le 27 juin 2022.[1203]

7.893. La Malaisie affirme que, bien que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué ait été publiée dans les moindres délais, sa publication en l'absence de règles détaillées concernant sa mise en œuvre ne permettait pas aux parties intéressées d'en prendre suffisamment connaissance. Selon elle, la raison en est qu'elles ne

[1197] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1092.
[1198] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1094.
[1199] Union européenne, réponse à la question n° 156 du Groupe spécial, paragraphes 801 et 802.
[1200] Union européenne, réponse à la question n° 156 du Groupe spécial, paragraphe 802.
[1201] L'article 5.8 reprend également dans une certaine mesure l'obligation énoncée à l'Annexe B 1) de l'Accord SPS, qui prescrit aux Membres de faire en sorte que toutes les réglementations sanitaires et phytosanitaires qui auront été adoptées soient publiées dans les moindres délais de manière à permettre aux Membres intéressés d'en prendre connaissance. Voir le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Radionucléides*, paragraphes 5.153 à 5.157.
[1202] Voir la section 7.1.3.3 du présent rapport.
[1203] Voir Règlement d'exécution (UE) n° 2022/996 de la Commission (pièce EU-329).

sont pas en mesure de concevoir des systèmes de certification, de les faire approuver et de commencer à se préparer pour la certification.[1204]

7.894. Comme le Groupe spécial l'a noté plus haut, l'article 5.8 énonce une obligation semblable à celle de l'article X:1 du GATT de 1994. En interprétant l'article X:1, des groupes spéciaux antérieurs ont considéré que cette disposition visait à faire en sorte que la régularité de la procédure soit assurée pour les négociants, en les mettant dans une position dans laquelle ils puissent comprendre les prescriptions auxquelles leurs produits seraient soumis, et prendre les dispositions préparatoires nécessaires.[1205] L'article X:1 vise donc à faire en sorte que les négociants n'aient pas à faire face à des mesures qu'ils pourraient ne pas connaître parce qu'elles ont été publiées tardivement ou qu'elles n'ont pas encore été publiées.[1206] Comme l'article 5.8, l'article X:1 fait également référence à la publication "de façon à permettre aux gouvernements et aux commerçants d'en prendre connaissance". Des groupes spéciaux antérieurs ont interprété cela comme concernant le moyen de publication, la teneur et la qualité d'une publication, qui devaient être suffisants pour conférer aux gouvernements et aux commerçants un pouvoir ou une connaissance des mesures qui soit adéquate, de façon que ces mesures leur deviennent familières ou qu'elles soient connues d'eux d'une manière plus ou moins complète.[1207] Il est probable que la publication d'un projet de mesure[1208] et la non-publication d'une mesure "finale"[1209] ne soient pas suffisantes pour satisfaire à l'article X:1. D'autres groupes spéciaux se sont référés à la nécessité de prendre connaissance de la "nature exacte" d'un droit accordé par une mesure.[1210]

7.895. De même, dans le contexte de l'Annexe B 1) de l'Accord SPS, l'Organe d'appel a interprété la publication visant à "permettre" aux Membres intéressés "d'en prendre connaissance" comme donnant aux Membres intéressés les moyens d'avoir connaissance d'une réglementation SPS adoptée, en la rendant, par exemple, accessible et en veillant à ce qu'elle contienne des renseignements suffisants.[1211]

7.896. Le Groupe spécial comprend que la Malaisie ne conteste pas la publication de la procédure de certification relative au faible risque de CIAS telle qu'énoncée dans la Directive RED II et dans le Règlement délégué. De fait, il comprend qu'elle conteste le fait que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué, est publiée sans établir les règles détaillées relatives à la certification, dont l'Union européenne admet qu'elles doivent être énoncées dans certaines règles d'exécution.[1212] Le Groupe spécial va examiner si l'absence de ces règles détaillées peut être considérée comme affectant la qualité de la publication, de sorte que les parties intéressées n'ont pas pu prendre connaissance de la "nature exacte" du droit accordé par la mesure.

7.897. Le Groupe spécial note que, bien que l'article 5.8 comporte des similitudes avec l'article X:1, l'obligation énoncée à l'article 5.8 doit être examinée dans le contexte de toutes les obligations au titre de l'article 5 de l'Accord OTC. Le Groupe spécial comprend que les allégations concernant la nature incomplète d'une procédure d'évaluation de la conformité peuvent, comme en l'espèce, être

[1204] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 826 et 827.

[1205] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 7.107; et *CE – Produits des technologies de l'information*, paragraphe 7.1015.

[1206] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphe 4.65.

[1207] Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, paragraphe 7.83; et *CE – Produits des technologies de l'information*, paragraphe 7.1086.

[1208] Rapports du Groupe spécial *CE – Produits des technologies de l'information*, paragraphes 7.1082 et 7.1084.

[1209] Rapports du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphes 7.806 et 7.807. La mesure finale dans ce différend était une décision de ne pas autoriser un contingent d'exportation

[1210] Dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, le Groupe spécial a reconnu le bien-fondé d'une allégation concernant le fait que les règles générales relatives au droit à la libération des garanties déposées par les importateurs pour les droits d'accise et autres taxes intérieures n'avaient pas été dûment publiées. Bien que, dans sa législation et ses avis d'estimation donnés aux importateurs, la Thaïlande ait fait des déclarations générales selon lesquelles, "en substance, les garanties [devaient] être remboursées", ces documents n'indiquaient pas clairement l'existence d'un "droit formel" à la libération des garanties, de sorte que les importateurs ne pouvaient pas prendre connaissance de la "nature exacte" de leur droit. (Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 7.860)

[1211] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Radionucléides*, paragraphes 5.154, 5.147, 5.151, 5.189 et 6.8.

[1212] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 826 et 827.

traitées de manière appropriée au titre de l'article 5.1.2. Les obligations ultérieures énoncées à l'article 5 traitent spécifiquement des procédures d'évaluation de la conformité "complètes" ou "adoptées". Par exemple, le Groupe spécial a constaté que l'article 5.2.1 concernait les procédures d'évaluation de la conformité qui étaient fonctionnelles, ou en d'autres termes, suffisamment complètes pour pouvoir être appliquées.[1213]

7.898. Le Groupe spécial considère que l'article 5.8 relève lui aussi de ce groupe d'obligations. Il vise la disponibilité des différentes versions d'une procédure d'évaluation de la conformité. Une fois chaque version adoptée, elle est soumise aux obligations énoncées à l'article 5.8. Cela évite une situation dans laquelle un Membre qui réglemente pourrait faire valoir que sa procédure d'évaluation de la conformité est incomplète ou non finale, et qu'il ne doit publier sa procédure qu'une fois que tous les éléments sont complets ou définitifs, en ce sens qu'il n'y aura pas de versions futures de la procédure. À l'inverse, il peut être irréalisable et astreignant d'exiger des Membres qu'ils incluent tous les détails possibles dans une unique version d'une procédure d'évaluation de la conformité, ou de considérer par ailleurs qu'un Membre contrevient à l'article 5.8 en modifiant une procédure d'évaluation de la conformité existante dans les cas où il n'aurait pas pu publier les règles modifiées au moment où il a initialement adopté la procédure. Pour cette raison, le Groupe spécial ne considère pas qu'un manque de détails dans une procédure d'évaluation de la conformité, qui transparaît dans la publication de cette procédure, entraîne une incompatibilité corollaire avec l'article 5.8.[1214]

7.899. Deuxièmement, dans ce cas, le Groupe spécial considère que la procédure d'évaluation de la conformité a en fait été publiée dans la Directive RED II et dans le Règlement délégué et qu'elle est suffisamment claire pour que les parties intéressées prennent connaissance de la "nature exacte" de leur droit à une procédure d'évaluation de la conformité. Bien que les contours de certaines prescriptions puissent être plus précis, la nature du droit est claire telle qu'elle. L'article 6 fait référence à une procédure de certification permettant de certifier les biocarburants présentant un risque élevé de CIAS comme présentant un faible risque de CIAS, et il est clair qu'il s'agit du seul moyen d'exempter les lots de ces biocarburants de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.[1215]

#### 7.1.3.6.4 Conclusion concernant l'article 5.8

7.900. Le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a pas établi que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 5.8 de l'Accord OTC de faire en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité qui ont été adoptées soient publiées dans les moindres délais ou rendues autrement accessibles pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance.

### 7.1.4 Allégations au titre de l'article 12 de l'Accord OTC

#### 7.1.4.1 Introduction

7.901. Ayant examiné les allégations au titre de l'article 2 et de l'article 5, le Groupe spécial passe à présent aux allégations de la Malaisie au titre de l'article 12 de l'Accord OTC, intitulé "Traitement spécial et différencié des pays en développement Membres". Plus spécifiquement, la Malaisie a formulé des allégations au titre de deux dispositions, à savoir l'article 12.1 et l'article 12.3. Toutefois, au cours de la procédure, la Malaisie a précisé qu'elle s'appuyait sur l'article 12.1 non pas comme fondement d'une quelconque allégation distincte, mais comme contexte pertinent pour éclairer son allégation au titre de l'article 12.3.

7.902. Le Groupe spécial note que l'article 12.1 exige qu'il soit démontré que le Membre concerné n'a pas accordé aux pays en développement Membres le "traitement différencié et plus favorable" requis par d'autres dispositions de l'article 12, ou par l'application des dispositions pertinentes d'autres articles de l'Accord OTC. Par conséquent, il examine d'abord l'allégation au titre de l'article 12.3, puis celle au titre de l'article 12.1 à la lumière de ses constatations au titre de l'article 12.3.

[1213] Voir la section 7.1.3.4 du présent rapport.
[1214] L'analyse du Groupe spécial se limite à l'obligation de publication énoncée à l'article 5.8.
[1215] Voir, par exemple, les sections 7.1.1 et 7.1.3.3 du présent rapport.

### 7.1.4.2 Article 12.3 – Tenir compte des besoins spéciaux

#### 7.1.4.2.1 Introduction

7.903. La Malaisie estime[1216] que l'Union européenne a violé l'article 12.3 en ne tenant pas compte des circonstances propres aux pays en développement[1217] dans l'élaboration des règlements techniques et de la procédure d'évaluation de la conformité en cause. Plus spécifiquement, elle fait valoir qu'elle est un pays en développement Membre et qu'elle a des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" qui sont affectés par les mesures en cause. Elle fait valoir que l'Union européenne n'a pas "[tenu] compte de" ces besoins, d'une manière qui a créé des obstacles non nécessaires aux exportations de pays en développement comme la Malaisie.

7.904. L'Union européenne estime[1218] que le Groupe spécial devrait rejeter les allégations de la Malaisie au titre de l'article 12.3. Plus spécifiquement, même si elle ne conteste pas que la Malaisie est un pays en développement Membre ni que celle–ci a "des besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" en ce qui concerne l'huile de palme, elle conteste que ces besoins soient affectés par les mesures en cause. Elle conteste en outre que la Malaisie ait démontré qu'elle n'a pas "[tenu] compte de" ces besoins spéciaux.

#### 7.1.4.2.2 Critère juridique

7.905. L'article 12.3 énonce l'obligation suivante:

> 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 d'évaluation de la conformité ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres.

7.906. L'article 12.3 a été interprété et appliqué dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.907. Aux fins du présent différend, et pour établir l'existence d'une violation de l'article 12.3, il faut établir que l'Union européenne élabore, adopte ou applique un règlement technique et une procédure d'évaluation de la conformité et qu'il est satisfait aux trois éléments suivants[1219]:

a. la Malaisie est un "pays en développement Membre";

b. elle a "des besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" liés aux mesures en cause; et

c. l'Union européenne n'a pas "[tenu] compte de" ces besoins.

7.908. Les Groupes spéciaux *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* et *États-Unis – EPO* ont tous deux examiné le sens et la fonction de la disposition figurant à la fin de l'article 12.3 ("pour faire en sorte que ces règlements techniques, normes et procédures d'évaluation de la conformité

---

[1216] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 828 à 885; deuxième communication écrite, paragraphes 304 à 319; déclaration liminaire à la réunion du Groupe spécial, paragraphes 51 et 52; réponses aux questions du Groupe spécial, pages 106 à 109; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial, pages 265 à 274.

[1217] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 488 (dernier point), 828, 829, 885 et 1216 (12ème point); deuxième communication écrite, paragraphe 532 (12ème point). D'après ce que le Groupe spécial comprend, les références de la Malaisie au fait que l'Union européenne n'a pas tenu compte "des circonstances propres aux pays en développement" paraphrasent les termes de l'article 12.3, qui font référence aux "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres".

[1218] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1097 à 1127; deuxième communication écrite, paragraphes 196 à 204; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 803 à 826; et observations sur les réponses de la Malaisie aux questions du Groupe spécial, paragraphes 292 à 299.

[1219] Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.620.

ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres"). Ces groupes spéciaux ont conclu que ce libellé servait simplement à préciser *comment* et *pourquoi* le Membre qui élabore ou applique le règlement technique ou la procédure d'évaluation de la conformité devrait "tenir compte de" ces besoins spéciaux.[1220] Comme l'a dit le Groupe spécial *États-Unis – EPO*, la dernière partie de l'article 12.3 "précise … l'objectif à atteindre par l'obligation énoncée dans la[] partie [opérationnelle]".[1221]

7.909. Dans le présent différend, la Malaisie et l'Union européenne conviennent toutes deux que la question importante au titre de l'article 12.3, c'est celle de savoir si un Membre n'a pas "[tenu] compte des" besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres.[1222] Le Groupe spécial ne voit aucune raison de ne pas partager cet avis et estime que la disposition finale laisse simplement entendre que le fait de ne pas tenir compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres *peut aboutir* à ce que la mesure spécifique en cause crée des obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres.

7.910. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 12.3 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.4.2.3 "[P]ays en développement Membres"

7.911. L'obligation énoncée à l'article 12.3 ne s'applique qu'en ce qui concerne les besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des "pays en développement Membres".

7.912. Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, le Membre plaignant (l'Indonésie) a indiqué qu'il était un pays en développement et a fait observer que la Banque mondiale le classait parmi les pays en développement et que son statut de pays en développement Membre de l'OMC avait été reconnu dans une procédure de groupe spécial antérieure. Ce groupe spécial a considéré que ces faits, et le fait que le Membre défendeur n'avait pas contesté l'argument, étaient "plus que suffisant[s] pour conclure" que le Membre plaignant était un "pays en développement Membre".[1223]

7.913. Dans la présente affaire, la Malaisie indique plusieurs bases qui permettent de conclure qu'elle est un pays en développement Membre, dont les suivantes: a) selon l'ensemble de données de la publication Situation et perspectives de l'économie mondiale (WESP), elle est considérée comme une économie en développement de la région Asie; b) la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) la fait figurer parmi les pays en développement; c) son statut de pays en développement n'a jamais été contesté dans le cadre de l'OMC; et d) dans le cadre de l'examen des politiques commerciales à l'OMC, il est fait référence à la Malaisie comme à un pays en développement.[1224]

7.914. L'Union européenne indique qu'elle ne conteste pas le statut de pays en développement de la Malaisie aux fins de l'application du droit de l'OMC.[1225]

7.915. Le Groupe spécial est d'avis que ce qui précède est plus que suffisant pour conclure que la Malaisie est un "pays en développement Membre" et, par conséquent, constate qu'il est satisfait au premier élément de l'article 12.3.

---

[1220] Voir les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.614 à 7.619; et *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.754 à 7.766.

[1221] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.783.

[1222] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 779 et 880; Union européenne, réponse à la question n° 157 du Groupe spécial, paragraphes 805 et 806.

[1223] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.621 à 7.624.

[1224] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 835 (faisant référence à United Nations, World Economic Situation and Prospects 2021, Statistical Annex, (United Nations, 2021), Table C "Developing economies by region" (pièce MYS-53), page 126; à UNCTADSTAT, Development status groups and composition: Developing economies (pièce MYS-54); et à OMC, Examen de la politique commerciale de la Malaisie, 2017, WT/TPR/S/366).

[1225] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1104.

#### 7.1.4.2.4 "[B]esoins spéciaux du développement, des finances et du commerce"

7.916. L'obligation énoncée à l'article 12.3 ne s'applique que lorsqu'il y a des "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce" des pays en développement Membres.

7.917. Le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* a estimé que "[q]uel que soit le sens exact de l'expression "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce"", l'Indonésie satisfaisait à la prescription imposant d'être un pays en développement ayant des ""besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" qui [étaient] affectés par l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle".[1226] Il a formulé cette conclusion au motif que l'Indonésie avait expliqué l'importance que revêtaient les cigarettes aux clous de girofle pour son économie et sa population: ces cigarettes étaient produites en Indonésie depuis plus d'un siècle; environ 6 millions d'Indonésiens étaient 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, représentait environ 1,66% du PIB de l'Indonésie.[1227] Après avoir exposé les considérations ci–dessus, ce groupe spécial a ajouté qu'"[i]l n'[était] 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 [avaient] reculé, passant d'environ 15 millions de dollars en 2008 à zéro en 2010."[1228]

7.918. Dans la présente affaire, la Malaisie affirme que les règlements techniques et la procédure d'évaluation de la conformité contestés "ont des effets notables sur"[1229] ses besoins en matière de développement, de finances et de commerce. Pour étayer cet argument, elle s'appuie sur des données démontrant l'importance que revêtent l'industrie malaisienne de l'huile de palme et les exportations vers le marché de l'UE.[1230] Elle indique, entre autres choses, que son industrie de l'huile de palme emploie jusqu'à 3 millions de personnes, soit environ 10% de la population du pays. Elle indique que l'industrie de l'huile de palme représentait 2,7% de son PIB. Elle explique que les plantations des petits exploitants couvrent environ 28% de la zone de production de palmiers à huile.

7.919. L'Union européenne prend acte des affirmations détaillées de la Malaisie concernant l'importance du secteur de l'huile de palme pour l'économie malaisienne et indique qu'elle ne conteste pas que la Malaisie produit et exporte de l'huile de palme ni que la culture des palmiers à huile a une incidence croissante sur le secteur agricole. Elle fait cependant valoir que la Malaisie n'a pas établi que l'effet des mesures énoncées dans la Directive RED II affecterait ses "besoins [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce", même s'il était admis qu'elles pourraient affecter le niveau des exportations de biocarburants dérivés de l'huile de palme à destination de l'Union européenne (*quod non*). À cet égard, elle conteste certaines des affirmations de la Malaisie concernant les effets prévus des mesures en cause et indique que la Malaisie elle-même fait valoir que le marché de l'huile de palme est important, que les exportations ne sont pas uniquement destinées à l'Union européenne et que l'huile de palme n'est pas non plus exportée exclusivement à des fins de production de biocarburants.

7.920. Le Groupe spécial observe que dans ses affirmations relatives au deuxième élément visé à l'article 12.3, la Malaisie non seulement évoque ses besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce en ce qui concerne l'huile de palme, mais également fait valoir que les règlements techniques et les procédures d'évaluation de la conformité contestés "ont des effets notables sur" ces besoins. Il note en outre qu'il apparaît que les arguments de l'Union européenne contestant cet élément ne visent pas la question de savoir si la Malaisie a démontré qu'elle avait "des besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" en ce qui concerne l'huile de palme, ce que l'Union européenne ne conteste visiblement pas, mais plutôt la question de savoir si les mesures en cause ont des *effets* notables sur ces besoins.

7.921. Le Groupe spécial rappelle que dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, le deuxième élément du critère juridique prévu par l'article 12.3 était formulé en des termes exigeant qu'il soit démontré que le Membre plaignant avait des besoins spéciaux en matière de

[1226] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.628.
[1227] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.627 à 7.629.
[1228] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.627 à 7.629.
[1229] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 838.
[1230] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 838 à 856.

développement, de finances et de commerce "qui [étaient] affectés par les mesures en cause".[1231] Il estime cependant qu'à ce stade de l'analyse au titre de l'article 12.3 la question pertinente est simplement de savoir si la Malaisie a démontré qu'elle avait des besoins spéciaux en matière de développement, de finances et de commerce qui étaient pertinents du point de vue des mesures en cause. Ces besoins spéciaux peuvent être pertinents du point de vue des mesures si, par exemple, ils sont liés au commerce d'un ou de plusieurs produits réglementés par les mesures en cause – et, en ce sens, peuvent être désignés comme étant des besoins spéciaux affectés par les mesures en cause.[1232] En d'autres termes, le Groupe spécial considère que l'article 12.3 exige simplement qu'il y ait un lien entre les mesures et les besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres.

7.922. Le Groupe spécial note que le texte de l'article 12.3 n'exige pas une évaluation des effets des mesures contestées sur le commerce, ni de la question de savoir si, et dans l'affirmative en quoi, les mesures en cause ont d'une autre manière une incidence sur les besoins spéciaux des pays en développement Membres identifiés. De fait, il note que la Malaisie emploie une formulation semblable lorsqu'elle conclut qu'elle a des besoins spéciaux des finances et du commerce "qui sont étroitement liés au commerce de l'huile de palme et du biocarburant dérivé du palmier à huile" qui doivent être pris en compte par l'Union européenne.[1233]

7.923. Le Groupe spécial estime que les affirmations détaillées de la Malaisie concernant l'importance du secteur de l'huile de palme pour l'économie malaisienne indiquent clairement qu'elle a des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" liés au commerce de l'huile de palme et du biocarburant dérivé de l'huile de palme. Des groupes spéciaux dans des affaires antérieures sont partis du principe qu'une mesure pouvait avoir des implications sur les besoins spéciaux des pays en développement Membres dans la mesure où les produits affectés présentaient un intérêt particulier du point de vue de l'exportation[1234] pour un ou plusieurs pays en développement Membres.[1235] Le Groupe spécial ne considère pas que l'Union européenne fasse valoir le contraire et il ne voit aucune raison de ne pas partager cet avis compte tenu des explications détaillées fournies par la Malaisie dans sa première communication écrite.

---

[1231] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.620. (pas de mise en relief dans l'original)

[1232] De fait, il apparaît que le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* a centré son analyse de cet élément du critère sur la question de savoir si le Membre plaignant dans cette affaire avait établi qu'il avait des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" en ce qui concerne le produit en cause, et non sur la question de savoir si, et dans l'affirmative en quoi, la mesure en cause affectait ces "besoins". (Voir le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.620.) Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, le Groupe spécial a constaté que l'Indonésie avait expliqué l'importance que revêtaient les cigarettes aux clous de girofle pour son économie et sa population. (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.627 à 7.629.) Le Groupe spécial *États-Unis – EPO* n'a pas examiné ni traité séparément la question de savoir en quoi consistaient les "besoins spéciaux du développement, des finances ou du commerce" du Mexique. Le Groupe spécial *États-Unis – Animaux*, qui a examiné une disposition semblable figurant dans l'Accord SPS (l'article 10:1), a indiqué ce qui suit: "S'agissant du membre de phrase "besoins spéciaux des pays en développement Membres", … la disposition est libellée de façon large, de manière à englober à la fois les besoins des pays en développement Membres en général, et les besoins d'un pays en développement Membre particulier". Ce groupe spécial a considéré qu'il "se [pouvait] qu'un produit soit tellement crucial pour l'économie d'un pays en développement que le besoin spécial de ce pays pourrait être précisément que les procédures d'homologation bénéficient d'une prise en considération prioritaire". (Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Animaux*, paragraphes 7.692 et 7.702)

[1233] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 848 et 856.

[1234] Le Groupe spécial note à cet égard que, conformément à l'idée que l'accent est mis uniquement sur les produits présentant un *intérêt* commercial et non sur les *effets* sur le commerce, l'article 10.6 de l'Accord OTC dispose que "[l]orsqu'il recevra des notifications conformément aux dispositions du présent accord, le Secrétariat [de l'OMC] en communiquera le texte à tous les Membres …, et il *appellera l'attention des pays en développement Membres* sur toutes notifications relatives à des *produits qui présentent* pour eux *un intérêt particulier*." (pas de mise en relief dans l'original)

[1235] Dans l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, il apparaît que, dans son évaluation au titre de l'article 10:1 de l'Accord SPS, le Groupe spécial a accepté l'argument de l'Argentine selon lequel elle avait des "besoins spéciaux" du fait que certains des produits affectés par le moratoire général des Communautés européennes sur les approbations présentaient un "intérêt particulier d'un point de vue de l'exportation pour l'Argentine en tant que principal pays en développement". (Rapports du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1619)

7.924. Toutefois, à supposer pour les besoins de l'argumentation qu'un examen de la mesure dans laquelle les mesures en cause ont un effet sur le commerce de l'huile de palme et du biocarburant dérivé de l'huile de palme de la Malaisie ait un intérêt pour l'évaluation du point de savoir si cette dernière a démontré qu'elle avait des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" pertinents liés au commerce de l'huile de palme et du biocarburant dérivé de l'huile de palme, le Groupe spécial constate que cette condition est également remplie. Il rappelle les constatations qu'il a déjà formulées dans le contexte de son évaluation des allégations au titre de l'article 2.2, 2.1, 2.5 et 2.9. Dans ces contextes, il a constaté ce qui suit: a) les mesures sont "restrictives pour le commerce" au sens de l'article 2.2 au motif qu'elles ont, de par leur conception, un "effet limitatif sur le commerce" des biocarburants dérivés de cultures (en ce qui concerne la part maximale de 7%) et des biocarburants dérivés de l'huile de palme (en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS); b) la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a une "incidence préjudiciable" sur les biocarburants dérivés de l'huile de palme importés aux fins de l'article 2.1; et c) la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des mesures qui peuvent avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres au sens de l'article 2.5 et 2.9.[1236]

7.925. Le Groupe spécial constate que la Malaisie a démontré qu'elle avait des "besoins spéciaux [en matière de] développement, de[] finances et d[e] commerce" pertinents liés au commerce de l'huile de palme et du biocarburant dérivé de l'huile de palme.

#### 7.1.4.2.5 "[T]enir compte de"

7.926. L'obligation énoncée à l'article 12.3 consiste à "[tenir] compte des" besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres.

7.927. Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Indonésie a fait valoir que les États–Unis n'avaient pas tenu compte de ses préoccupations répétées eu égard à l'effet que leur interdiction des cigarettes aromatisées aurait sur son commerce et son développement. Ce groupe spécial a expliqué que les éléments de preuve qui lui avaient été présentés étaient constitués d'une série de lettres échangées entre des membres–clés du gouvernement indonésien et du gouvernement des États–Unis. Après avoir examiné ces lettres, il a conclu que l'Indonésie avait pu communiquer ses préoccupations à des membres–clés du gouvernement des États–Unis à de nombreuses reprises, sur une période de plusieurs années, et que les préoccupations de l'Indonésie avaient été évoquées par la suite à maintes reprises par des responsables–clés au sein du gouvernement des États–Unis. Il a conclu que les échanges entre des responsables–clés des États–Unis qui faisaient référence aux préoccupations de l'Indonésie montraient que les États–Unis avaient "activement tenu compte de[]" ces préoccupations.[1237]

7.928. Dans l'affaire *États-Unis – EPO*, le Mexique a fait valoir que les États–Unis avaient agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 en ne lui ayant pas ménagé la possibilité de formuler des observations sur l'élaboration de la mesure EPO, et en ayant fait abstraction de ses observations et de l'incidence qu'ils savaient que la mesure EPO aurait sur les exportations mexicaines. Ce groupe spécial a constaté que le Mexique n'avait pas étayé ces affirmations et qu'en fait les États–Unis avaient activement noué le dialogue pour discuter de l'élaboration de la mesure EPO avec le Mexique à plusieurs occasions dans le contexte des consultations avec les parties prenantes. Il a également constaté que le Mexique avait présenté des observations et que des responsables des États–Unis avaient indiqué que cette contribution serait prise en compte. Par ailleurs, il a constaté que les États-Unis avaient effectivement apporté quelques modifications à certains éléments de la mesure EPO pour répondre aux préoccupations exprimées par le Mexique, à savoir l'assouplissement d'un certain nombre de prescriptions en matière de tenue des dossiers et l'introduction de la flexibilité offerte par le mélange en partie pour donner suite aux observations du Mexique. Sur cette base, il a constaté que le Mexique n'avait pas établi que les États–Unis n'avaient pas "[tenu] compte

[1236] Le Groupe spécial indique que, dans le contexte de ces autres allégations, l'Union européenne a de même fait valoir qu'une diminution de sa demande d'huile de palme pour biocarburants en provenance de Malaisie pouvait être compensée par un accroissement des exportations d'huile de palme ou de biocarburants dérivés de l'huile de palme vers d'autres marchés comme l'Inde ou la Chine, ainsi que des exportations vers l'Union européenne à des fins autres que la production de biocarburants.

[1237] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.635 à 7.645.

de" ses besoins spéciaux.[1238] De plus, le Groupe spécial *États-Unis – EPO* a conclu que l'obligation de "tenir compte des" besoins spéciaux des pays en développement Membres exigeait de prendre "activement et réellement en considération" ces besoins.[1239]

7.929. En l'espèce, la Malaisie souligne que l'article 12.3 exige de prendre activement et réellement en considération[1240] les besoins des pays en développement Membres et affirme que des groupes spéciaux antérieurs ont été trop peu exigeants[1241] dans leur interprétation de l'article 12.3. Elle fait valoir que les éléments ci–après établissent que l'Union européenne n'a pas tenu compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres: a) l'Union européenne connaissait bien les besoins spéciaux de la Malaisie qui avaient été évoqués dans de nombreuses enceintes, y compris dans de nombreuses déclarations au Comité OTC[1242]; b) il n'est pas fait référence aux besoins des pays en développement dans les mesures en cause ou les documents connexes (l'exposé des motifs de la proposition initiale relative à la Directive RED II, la Directive RED II elle–même, l'analyse d'impact relative à la Directive RED II, le Règlement délégué et le Rapport d'état (2019))[1243], et les dispositions relatives aux petits exploitants indépendants du Règlement délégué sont simplement une option théorique[1244]; et c) l'Union européenne n'a pas réalisé d'analyse d'impact au moment où elle a adopté le Règlement délégué, d'une manière contraire au droit de l'UE.[1245]

7.930. L'Union européenne fait valoir que l'obligation de "tenir compte des" besoins des pays en développement Membres implique "simplement de prendre activement et réellement en considération" ces besoins.[1246] Selon elle, cela implique que cette obligation est remplie si le pays en développement a communiqué ses préoccupations, y compris dans le contexte d'une consultation publique et si, à la suite de cela, le Membre qui réglemente: a) a examiné ces préoccupations, au niveau interne ou dans le cadre d'échanges ou de consultations avec le pays en développement; ou b) a répondu à ces préoccupations dans le contexte du processus réglementaire relatif à la mesure.[1247]

7.931. S'agissant des mesures en cause en l'espèce, et sur la base de son énonciation de ce qu'implique l'obligation de "tenir compte de", l'Union européenne fait valoir ce qui suit: a) elle a dûment répondu à la correspondance des fonctionnaires malaisiens à de nombreuses reprises, et ces échanges (et les discussions bilatérales qu'ils mentionnent) sont des éléments de preuve indiquant qu'il a été tenu compte des préoccupations[1248]; b) bien que la jurisprudence de l'OMC n'impose pas d'obligation de résultat ni ne prescrive que le Membre concerné doit convenir de ces besoins ou les accepter[1249], une disposition relative aux petits exploitants a été introduite dans le Règlement délégué[1250]; et c) la réalisation d'une analyse d'impact pour le Règlement délégué n'aurait fait que refléter l'expression d'une meilleure pratique pour les procédures législatives dans l'Union européenne et, en tout état de cause, l'analyse d'impact réalisée pour la Directive RED II a traité un certain nombre de questions pertinentes, y compris les impacts sur les pays tiers, et décrit l'ampleur et la profondeur de la consultation publique ayant précédé la proposition.[1251]

7.932. Le Groupe spécial note que les arguments des parties au titre de l'article 12.3 portent sur le critère juridique et en matière de preuve applicable aux fins de l'évaluation de la question de savoir

[1238] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.789 à 7.800.
[1239] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.786.
[1240] Malaisie , première communication écrite, paragraphes 858 et 877 (citant les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.786). Voir aussi Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 308 à 311 et 314.
[1241] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 874 et 875.
[1242] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 870 à 872; deuxième communication écrite, paragraphe 310.
[1243] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 868, 869 et 873.
[1244] Malaisie, observations sur la réponse de l'Union européenne à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphe 274.
[1245] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 863 à 867; deuxième communication écrite, paragraphe 315.
[1246] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 196.
[1247] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1112.
[1248] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1115; deuxième communication écrite, paragraphes 198 à 204; et réponse à la question n° 160 du Groupe spécial, paragraphes 816 et 817.
[1249] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1111 et 1125.
[1250] Union européenne, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphes 825 et 826.
[1251] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1116 à 1122.

s'il a été "[tenu] compte des" besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres.

7.933. D'après l'Union européenne, les affaires *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* et *États-Unis – EPO* confirment son point de vue selon lequel l'obligation de "tenir compte des" besoins des pays en développement Membres implique "simplement de prendre activement et réellement en considération"[1252] ces besoins, et confirment son point de vue selon lequel il est satisfait à ce critère si le pays en développement Membre a communiqué ses préoccupations, y compris dans le contexte d'une consultation publique, et si le Membre a examiné ces préoccupations, au niveau interne ou dans le cadre d'échanges ou de consultations avec le pays en développement Membre, ou a répondu aux préoccupations du pays en développement Membre dans le contexte du processus réglementaire relatif à la mesure.[1253]

7.934. La Malaisie soutient que "les Groupes spéciaux *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* et *États-Unis – EPO* ont été trop peu exigeants dans leur interprétation de l'article 12.3 de l'Accord OTC en ce qui concerne les obligations liées aux "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres"". Plus spécifiquement, elle considère que "l'engagement au titre de l'article 12.3 de l'Accord OTC ne peut pas être interprété simplement comme une "prescription procédurale" qui, sur la base de la constatation du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, n'impose même pas aux Membres "d'indiquer spécifiquement dans leur processus législatif et leur processus d'élaboration des règles comment ils ont activement pris en considération les besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres"".[1254]

7.935. Le Groupe spécial fera plusieurs observations connexes avant d'examiner les faits de la cause en l'espèce. Premièrement, deux groupes spéciaux antérieurs se sont prononcés sur des allégations au titre de l'article 12.3, à savoir les Groupes spéciaux *États-Unis – EPO* et *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, et deux autres se sont prononcés sur des allégations concernant l'obligation parallèle énoncée à l'article 10:1 de l'Accord SPS, à savoir les Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* et *États-Unis – Animaux*. Dans chacune de ces affaires antérieures, les groupes spéciaux ont donné à l'expression "tenir compte de" son sens ordinaire, qui est "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)[1255], et ont estimé que l'obligation de "tenir compte des" besoins spéciaux des pays en développement Membres ne prescrivait aucun résultat particulier.[1256] Tous ces groupes spéciaux ont confirmé que la charge de la preuve incombait au Membre plaignant, qui doit établir que le Membre qui réglemente n'a pas tenu compte de ces besoins.[1257]

7.936. Deuxièmement, les deux parties conviennent que l'article 12.3 exige de prendre "activement et réellement en considération" les besoins spéciaux des pays en développement Membres, mais sont en désaccord sur les implications de ce critère juridique et en matière de preuve. Elles ont toutes les deux présenté des arguments qui méritent un examen attentif à cet égard. Pour faire en sorte que l'analyse de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 12.3 soit rigoureuse et approfondie, le Groupe spécial a posé plusieurs questions aux parties en les invitant à préciser leurs vues sur le sens et la portée de l'obligation énoncée. Selon lui, les arguments des parties confirment qu'il peut être difficile d'identifier précisément, dans l'abstrait, un point de repère juridique et en matière de preuve afin d'évaluer si le Membre qui réglemente s'est acquitté de son obligation de tenir compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres au titre de l'article 12.3.

---

[1252] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 196.

[1253] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1112.

[1254] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 875 (citant les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.787).

[1255] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1620; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.632 à 7.634; *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.779 à 7.781; et *États-Unis – Animaux*, paragraphe 7.694.

[1256] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1620; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.632 à 7.634 et 7.646; *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.776 et 7.781; et *États-Unis – Animaux*, paragraphe 7.694.

[1257] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1622; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.634; et *États-Unis – Animaux*, paragraphes 7.695 à 7.700.

7.937. Troisièmement, une évaluation de la question de savoir si un Membre qui réglemente n'a pas "[tenu] compte des" besoins spéciaux des pays en développement Membres imposera en général à un groupe spécial de formuler une conclusion fondée sur des éléments de preuve circonstanciels et des inférences, plutôt que sur des éléments de preuve directs. Plus précisément, exiger d'un plaignant qu'il présente des éléments de preuve directs – c'est–à–dire sous la forme de lettres ou d'autres documents dans lesquels le Membre qui réglemente déclarerait expressément avoir refusé de prendre en considération les besoins des pays en développement Membres dans son élaboration d'un règlement technique – entraînerait une charge de la preuve potentiellement insurmontable.[1258] Des groupes spéciaux antérieurs se sont également montrés réticents à imposer au Membre qui réglementait le devoir de fournir des éléments de preuve directs – c'est–à–dire d'indiquer dans leur processus législatif et leur processus d'élaboration des règles – concernant la manière dont ils avaient activement pris en considération les besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce d'un pays en développement Membre.[1259] Le Groupe spécial considère qu'exiger ces éléments de preuve directs du Membre qui réglemente ne serait pas compatible avec le texte de l'obligation ni avec l'attribution normale de la charge de la preuve, et il ne souscrit pas à l'argument de la Malaisie selon lequel des groupes spéciaux antérieurs ont été "trop peu exigeants" à cet égard.

7.938. Quatrièmement, bien qu'il n'y ait rien d'inhabituel à ce qu'un groupe spécial formule des constatations en se fondant sur des inférences qui sont raisonnablement tirées d'éléments de preuve circonstanciels et non directs[1260], les circonstances typiques donnant lieu à une allégation d'incompatibilité au titre de l'article 12.3, ainsi que les formes typiques des éléments de preuve circonstanciels disponibles, font qu'il est difficile d'éliminer de façon définitive des inférences opposées qui peuvent raisonnablement être tirées des mêmes faits. Lorsqu'un Membre qui réglemente est informé qu'un projet de règlement technique ou de procédure d'évaluation de la conformité est à même d'avoir une incidence défavorable sur les besoins spéciaux des pays en développement Membres, et qu'en définitive aucune modification n'est apportée à la mesure afin que ces effets soient évités ou substantiellement atténués malgré les préoccupations exprimées, une inférence qui pourrait être tirée est que le Membre qui réglemente n'a pas tenu compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres, d'une manière contraire aux prescriptions de l'article 12.3. Toutefois, sans plus de précisions, il est tout aussi plausible de tirer l'inférence

[1258] Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1625; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, note de bas de page 1022; et *États-Unis – Animaux*, paragraphe 7.698.

[1259] Voir les rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1621 ("Le fait que rien n'indique qu'entre juin 1999 et août 2003 les Communautés européennes ont accordé à l'Argentine un traitement spécial et différencié – par exemple en approuvant la commercialisation de produits biotechnologiques exportés d'Argentine – ne constitue pas en lui-même et à lui seul un élément de preuve *prima facie* indiquant que les Communautés européennes n'ont pas "tenu compte" des besoins de l'Argentine."); *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.787 (constatant qu'il n'y avait pas de prescription imposant "d'indiquer spécifiquement dans leur processus législatif et leur processus d'élaboration des règles comment ils [avaient] activement pris en considération les besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres"); *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 7.596, 7.597 et 7.645 (constatant qu'un échange de lettres montrait que les États-Unis avaient "activement tenu compte des" préoccupations de l'Indonésie et n'avaient pas examiné séparément l'argument de l'Indonésie selon lequel les États-Unis "ne [pouvaient] 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""); et *États-Unis – Animaux*, paragraphes 6.45 à 6.47, 7.697 et 7.698 (rejetant l'argument de l'Argentine voulant que le respect de l'obligation d'"examiner" des facteurs particuliers dans le contexte d'une détermination de l'existence d'un dommage impose au Membre importateur d'indiquer comment il l'a fait, et que la même approche doive être suivie au titre de l'article 10:1 de l'Accord SPS. Le Groupe spécial a rejeté cet argument, notant que l'Accord antidumping et l'Accord SMC comportaient des obligations très spécifiques en ce qui concerne la publication des décisions et la documentation s'y rapportant et qu'il n'était donc pas approprié de transplanter cette interprétation dans le contexte de l'article 10:1).

[1260] Dans le différend *Canada – Aéronefs*, l'Organe d'appel a observé ce qui suit: "[L]es groupes spéciaux tirent régulièrement des déductions des faits consignés au dossier. Les déductions peuvent être des déductions de fait; par exemple, à partir d'un fait A et d'un fait B, il est raisonnable de déduire l'existence d'un fait C. […] Bien entendu, les faits doivent raisonnablement étayer les déductions faites, mais des déductions peuvent être tirées, que les faits consignés au dossier méritent ou non la qualification de cause d'action *prima facie*. Autrement dit, le fait de tirer des déductions est un aspect intrinsèque et inévitable de la tâche fondamentale d'un groupe spécial consistant à établir et à qualifier les faits qui constituent un différend." (Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphe 198) Dans le différend *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, l'Organe d'appel a réaffirmé qu'"un groupe spécial [pouvait] disposer d'une base suffisante pour formuler une constatation positive au sujet d'un fait particulier ou d'une allégation particulière en se fondant sur les inférences qui [pouvaient] raisonnablement être tirées d'éléments de preuve circonstanciels et non directs". (Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphe 357)

raisonnable selon laquelle le Membre qui réglemente a effectivement tenu compte de ces besoins spéciaux, comme l'exige l'article 12.3, et a simplement décidé de ne pas apporter une telle modification à la mesure.

7.939. Le Groupe spécial considère que, dans ces circonstances, qui sont censées être les circonstances typiques dans lesquelles des allégations d'incompatibilité au titre de l'article 12.3 sont formulées, une considération pertinente qui doit permettre de déterminer l'inférence qui devrait le plus raisonnablement être tirée est la nature des modifications de la mesure que le Membre qui réglemente aurait dû introduire pour tenir compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres. Lorsqu'un Membre qui réglemente est informé qu'un projet de règlement technique ou de procédure d'évaluation de la conformité est à même d'avoir une incidence défavorable sur les besoins spéciaux des pays en développement Membres et que ce Membre pourrait modifier la mesure projetée pour tenir compte de ces préoccupations sans compromettre la contribution de la mesure à son objectif ou au niveau de protection qu'il a choisi, alors l'absence de telles modifications peut, toutes choses étant égales par ailleurs, renforcer l'inférence selon laquelle il n'a pas été tenu compte de ces besoins spéciaux. En revanche, le fait de ne pas voir comment le Membre qui réglemente pourrait modifier la mesure projetée pour répondre à ces préoccupations sans compromettre la contribution de la mesure à son objectif ou au niveau de protection qu'il a choisi affaiblirait l'inférence selon laquelle il n'a pas été tenu compte des besoins spéciaux et donnerait plutôt à penser qu'"en soupesant et mettant en balance les divers intérêts en jeu"[1261], le Membre qui réglemente a décidé de donner la priorité aux objectifs concurrents des mesures.[1262]

7.940. Pour ce qui est des faits de la cause, dans les diverses communications adressées aux responsables de l'UE et auxquelles la Malaisie renvoie le Groupe spécial, les fonctionnaires de cette dernière ont communiqué à plusieurs reprises leur avis selon lequel les mesures projetées par l'UE concernant les biocarburants dérivés de l'huile de palme étaient fondamentalement discriminatoires et contraires aux obligations contractées dans le cadre de l'OMC, et ont clairement indiqué que le résultat souhaité était que l'Union européenne en reste là avec le projet de plafond et d'élimination progressive pour les biocarburants dérivés de l'huile de palme. On ne voit pas comment l'Union européenne aurait pu modifier les mesures projetées pour répondre à ces préoccupations sans retirer complètement les mesures en cause. Le Groupe spécial fait état de la constatation qu'il a formulée dans le contexte de l'article 2.2 selon laquelle aucune des mesures de rechange proposées par la Malaisie n'aurait apporté une contribution équivalente à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées à la production des biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale.[1263]

7.941. Dans la mesure où la seule façon évidente de tenir compte des préoccupations de la Malaisie aurait supposé le retrait complet des mesures en cause, l'absence d'une quelconque modification de ce type ne signifie pas que l'Union européenne n'a pas tenu compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres. Cela donne plutôt à penser qu'"en soupesant et mettant en balance

[1261] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1621; *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.780 et 7.781; et *États-Unis – Animaux*, paragraphe 7.703.

[1262] De manière analogue, même lorsque la modification d'une mesure visant à tenir compte des besoins spéciaux d'un pays en développement Membre pourrait en principe être effectuée sans que l'objectif de cette mesure soit compromis, en fonction des circonstances, cette modification pourrait entraîner une discrimination *de facto* ou *de jure* à l'égard des produits similaires en provenance de Membres autres que ceux dont les besoins spéciaux ont été pris en compte.

[1263] Le Groupe spécial note que, dans le contexte de son allégation au titre de l'article 12.3, la Malaisie laisse entendre que le fait que l'Union européenne n'a pas tenu compte des besoins spéciaux des pays en développement transparaît également dans le fait qu'elle "n'a pas envisagé, ni adopté, l'une des nombreuses mesures de rechange raisonnablement disponibles" et renvoie à ses arguments au titre de l'article 2.2. (Malaisie, première communication écrite, paragraphe 867) À cet égard, la Malaisie estime que "le simple fait d'engager des communications et d'examiner les contributions reçues, sans "prise en compte active et réelle" des "besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce" des pays en développement Membres, ne doit pas être jugé suffisant et ne peut pas être considéré comme une attitude responsable lorsqu'on s'efforce d'éviter ou de réduire au minimum les effets sur le commerce et les restrictions au commerce, en particulier si des solutions de rechange moins restrictives pour le commerce et raisonnablement disponibles sont proposées par les pays en développement Membres affectés, comme la Malaisie l'a fait. Tout au long du processus législatif de l'UE visant à adopter les mesures en cause, la Malaisie a souligné qu'il existait des options de rechange moins restrictives pour le commerce." (Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 311) Le Groupe spécial se réfère à ses constatations au titre de l'article 2.2, qui traitent déjà des mesures de rechange indiquées par la Malaisie.

les divers intérêts en jeu"[1264], l'Union européenne a décidé de donner la priorité aux objectifs concurrents des mesures.

7.942. Le fait que l'Union européenne a expressément reconnu les préoccupations de la Malaisie à de nombreuses reprises, dans des termes qui permettent de penser qu'elles ont été soupesées et mises en balance par rapport à d'autres intérêts, ne fait que renforcer cette inférence.

7.943. Dans sa deuxième communication écrite, l'Union européenne explique que plusieurs institutions de l'UE ont répondu comme suit aux diverses lettres du Premier Ministre malaisien et d'autres hauts fonctionnaires du gouvernement malaisien[1265]:

a. Une lettre du Président de la Commission européenne adressée au Premier Ministre de la Malaisie, datée du 14 mai 2019, expliquant que, "[p]endant le processus de discussion, les parties prenantes [avaient] soulevé des préoccupations légitimes au sujet des incidences négatives possibles de la production d'huile de palme, si celle-ci n'[était] pas produite de manière durable, par exemple en ce qui concerne la déforestation et la perte de biodiversité, ainsi que les émissions de gaz à effet de serre, en particulier celles qui prov[enaient] de plantations sur tourbières. La Commission est consciente que le secteur de l'huile de palme constitue une source importante de croissance économique et d'emplois dans les pays producteurs et se préoccupe de la situation des petits exploitants. La Commission est déterminée à adopter une approche équilibrée de cette question complexe et estime que les définitions retenues des petits exploitants et des terres inexploitées répondent à cet objectif."

b. Une lettre du Commissaire européen à l'action climatique et à l'énergie adressée à l'Ambassadeur de la Malaisie auprès de l'UE, datée du 26 juillet 2018, expliquant que "[l]a Commission est pleinement consciente de la complexité de cette question et de la nécessité de trouver une approche équilibrée. Nous sommes conscients que le secteur de l'huile de palme constitue une source importante de croissance et d'emplois dans vos pays, y compris pour les petits exploitants. Dans le même temps, il est dans notre intérêt commun de répondre aux éventuelles incidences environnementales et sociales négatives que la production d'huile de palme peut avoir en veillant à ce qu'elle ait lieu d'une manière durable."

c. Une lettre envoyée par le Directeur général de la Direction générale Environnement, éducation, transports et énergie du Conseil de l'Union européenne adressée à plusieurs ambassadeurs, y compris à ceux de la Malaisie et de l'Indonésie, datée du 11 avril 2018, spécifiant que "[l]'Union européenne est consciente de l'importance du secteur de l'huile de palme pour les pays producteurs d'huile de palme et pour bon nombre de leurs agriculteurs, et la prend dûment en considération. … En ce qui concerne le processus législatif en cours visant la révision de la Directive sur les énergies renouvelables, je comprends votre inquiétude concernant la modification projetée par le Parlement européen qui propose de ne pas comptabiliser le biocarburant dérivé de l'huile de palme aux fins de la réalisation de l'objectif futur de l'UE en matière d'énergies renouvelables. … Conformément à la proposition de la Commission européenne, toute distinction entre les différents types de biocarburants conventionnels devrait, de l'avis du Conseil, reposer sur des critères objectifs et transparents permettant de mesurer leur production écologiquement durable."

7.944. Le Groupe spécial a également examiné l'argument de la Malaisie selon lequel il n'y avait aucune référence aux besoins des pays en développement dans les mesures en cause ou les documents connexes (l'exposé des motifs de la proposition initiale relative à la Directive RED II, la Directive RED II elle–même, l'analyse d'impact relative à la Directive RED II, le Règlement délégué

[1264] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1621; *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.780 et 7.781; et *États-Unis – Animaux*, paragraphe 7.703.

[1265] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 200 à 203 (faisant référence à President Juncker's reply of 14 May 2019 to a letter from PM Mahathir to President Juncker on the RED II Delegated Act (pièce EU-172); à Letter of European Commissioner for Climate Action and Energy of 26 July 2018 (pièce EU-174); et à Letter by the Director General of the Directorate-General Environment, Education, Transport and Energy of the Council of the European Union of 11 April 2018 (pièce MYS-36).

et le Rapport d'état (2019)) et les dispositions relatives aux petits exploitants indépendants du Règlement délégué étaient simplement une option théorique.

7.945. Le Groupe spécial ne considère pas que l'absence de toute référence aux besoins spéciaux des pays en développement Membres dans le texte de la mesure *elle-même* étayerait l'inférence selon laquelle l'Union européenne n'a pas tenu compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres. Il rappelle que, dans les affaires *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* et *États-Unis – EPO*, les Groupes spéciaux ont considéré ce qui suit:

> [L]'absence de référence aux besoins des pays en développement dans le texte de la législation communautaire en matière d'approbation ne démontre pas que la législation elle–même ne tient pas compte de ces besoins, ni que les Communautés européennes sont dans l'impossibilité de tenir compte, ou n'ont pas tenu compte, de ces besoins lorsqu'elles ont appliqué cette législation.[1266]

7.946. En tout état de cause, il apparaît que la voie des petits exploitants a été introduite dans le Règlement délégué au vu des préoccupations soulevées au cours du processus législatif. Bon nombre des lettres des fonctionnaires de l'UE citées plus haut reconnaissent expressément la situation des petits exploitants. Dans son considérant 15, le Règlement délégué dispose qu'"il convient de ne pas appliquer le critère d'additionnalité financière aux matières premières additionnelles cultivées sur des terres abandonnées ou sévèrement dégradées ou par des petits exploitants agricoles indépendants. Cela reviendrait en fait à une charge administrative déraisonnable au vu du potentiel non négligeable d'amélioration de la productivité et des obstacles rencontrés pour financer les investissements nécessaires." L'Union européenne explique que la voie des petits exploitants a été introduite dans le Règlement délégué au moins en partie au vu des préoccupations soulevées par les pays en développement.[1267]

7.947. Le Groupe spécial ne peut pas souscrire à l'argument de la Malaisie selon lequel les dispositions relatives aux petits exploitants indépendants figurant dans le Règlement délégué sont simplement une option théorique et, pour cette raison, ne peuvent pas être considérées comme un élément de preuve indiquant que l'Union européenne s'est acquittée de son obligation de "tenir compte des" besoins spéciaux des pays en développement Membres en ce qui concerne la situation des petits exploitants indépendants. Il considère en fait que la portée intrinsèquement limitée de la voie des petits exploitants étaye raisonnablement l'inférence selon laquelle l'Union européenne a estimé que la simplification administrative pour les petits exploitants ne pouvait pas se faire au détriment de l'objectif que les mesures visaient à atteindre.

7.948. Le Groupe spécial n'est pas non plus convaincu par l'argument de la Malaisie selon lequel la décision de l'Union européenne de ne pas réaliser une analyse d'impact pour le Règlement délégué est nécessairement pertinente pour la question de savoir si elle s'est acquittée de son obligation de "tenir compte des" besoins spéciaux des pays en développement Membres. La Malaisie n'a pas démontré qu'une telle analyse d'impact aurait constitué un mécanisme central, et a fortiori le seul mécanisme, qui aurait permis à l'Union européenne de tenir compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres. De fait, elle fait valoir que l'analyse d'impact réalisée pour la Directive RED II et d'autres documents connexes ne contient aucune mention des observations reçues des pays en développement et ne fait que vaguement référence aux impacts sur les pays tiers.[1268]

7.949. Le Groupe spécial considère que l'échange de lettres mentionné plus haut confirme que des analyses d'impact formelles relatives à la Directive RED II et au Règlement délégué n'étaient pas, et n'auraient pas été, les seuls mécanismes au moyen desquels l'Union européenne aurait pu tenir compte des préoccupations soulevées par la Malaisie. Il note que les parties ont procédé à un échange d'arguments solide concernant la pertinence ou la valeur probante de certaines références aux pays tiers figurant dans l'analyse d'impact réalisée pour la Directive RED II et d'autres documents connexes. En l'absence de tout argument selon lequel l'analyse d'impact aurait constitué le seul mécanisme qui aurait permis à l'Union européenne de tenir compte des besoins spéciaux des

[1266] Rapports du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.1623, cité dans les rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.787.
[1267] Union européenne, réponse à la question n° 163 du Groupe spécial, paragraphes 825 et 826.
[1268] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 868.

pays en développement Membres, le Groupe spécial ne juge pas nécessaire de poursuivre cet examen.

7.950. Le Groupe spécial a examiné la pertinence de l'obligation énoncée à l'article 2.9.4 de l'Accord OTC pour l'interprétation et l'application de l'obligation énoncée à l'article 12.3, et les parties ont développé des arguments sur cette question en réponse aux questions du Groupe spécial. Pour les raisons exposées plus haut dans le présent rapport, il a conclu que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 2.9.4 de "ménager[] … un délai raisonnable aux autres Membres pour leur permettre de présenter leurs observations par écrit, [de] discuter[] de ces observations si demande [lui] en [était] faite, et [de] [tenir] compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions". Il considère que la portée de l'obligation énoncée à l'article 12.3 diffère de celle de l'obligation énoncée à l'article 2.9.4 et qu'il ne découle pas de la constatation d'incompatibilité avec l'article 2.9.4 qu'il a formulée que la Malaisie a démontré que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec son obligation de tenir compte des besoins spéciaux des pays en développement dans l'élaboration des règlements techniques et de la procédure d'évaluation de la conformité en cause.

7.951. Avant de conclure, le Groupe spécial observe que, alors que l'obligation énoncée à l'article 12.3 impose au Membre qui réglemente de tenir compte des besoins spéciaux des pays en développement tant dans l'élaboration initiale que dans l'application ultérieure des règlements techniques et des procédures d'évaluation de la conformité, les arguments de la Malaisie au titre de l'article 12.3 portent sur l'*élaboration* des mesures en cause. En l'absence de tout argument de la Malaisie portant spécifiquement sur le fait que l'Union européenne n'a pas tenu compte des besoins spéciaux des pays en développement dans l'*application* des mesures en cause, il juge approprié de limiter le champ de son évaluation au titre de l'article 12.3 en conséquence.

7.952. Sur la base de son examen des éléments de preuve et des arguments des parties, le Groupe spécial conclut que l'inférence la plus raisonnable qui peut être tirée des faits est que l'Union européenne a pris activement et réellement en considération les besoins spéciaux des pays en développement Membres identifiés par la Malaisie et a finalement accordé plus d'importance à l'objectif poursuivi par les mesures en cause. Il constate donc que la Malaisie n'a pas démontré que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 en ne tenant pas compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres dans son élaboration des mesures en cause.

#### 7.1.4.3 Article 12.1 – Obligation générale

7.953. Dans sa première communication écrite, la Malaisie a dit que, "[s]'agissant de ses allégations au titre de l'article 12.1 de l'Accord OTC, la Malaisie [avait] l'intention d'établir que l'UE n'[avait] pas accordé un traitement différencié et plus favorable à la Malaisie".[1269] Elle a en outre fait valoir qu'"à la lumière du sens littéral et téléologique de l'article 12.1 de l'Accord OTC ("accorderont … un traitement différencié et plus favorable"), … toutes mesures adoptées par les Membres de l'OMC qui affectent les besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres doivent aboutir à un traitement spécial et différencié, et l'UE n'a pas respecté cette obligation".[1270] Toutefois, en réponse à une question du Groupe spécial, la Malaisie a ensuite expliqué que, bien que sa "contestation au titre de l'article 12.3 de l'Accord OTC [soit] en outre éclairée par les obligations au titre de l'article 12.1 de l'Accord OTC", elle "ne formul[ait] pas d'allégation distincte et individuelle au titre de l'article 12.1 de l'Accord OTC" mais "soulign[ait] simplement la pertinence de l'article 12.1 dans le contexte de son allégation au titre de l'article 12.3".[1271]

7.954. Le Groupe spécial comprend que la Malaisie ne formule pas d'allégation distincte au titre de l'article 12.1, mais qu'elle considère tout de même que l'article 12.1 établit l'obligation générale et absolue d'accorder un "traitement différencié et plus favorable aux pays en développement Membres", qui éclaire d'autres dispositions de l'article 12, telles que l'article 12.3.

7.955. L'article 12.1 énonce l'obligation suivante:

[1269] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 833.
[1270] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 884.
[1271] Malaisie, réponse à la question n° 158 du Groupe spécial.

> Les Membres accorderont aux pays en développement Membres qui sont parties au présent accord un traitement différencié et plus favorable, par l'application des dispositions ci–après et des dispositions pertinentes d'autres articles dudit accord.

7.956. Il s'ensuit des termes de l'article 12.1 qu'une constatation d'incompatibilité avec cette disposition exige qu'il soit démontré que le Membre concerné n'a pas accordé aux pays en développement Membres le traitement différencié et plus favorable requis par d'autres dispositions de l'article 12, ou par l'application des dispositions pertinentes d'autres articles de l'Accord OTC.[1272] L'article 12.1 n'établit pas l'obligation autonome ou absolue d'accorder un "traitement différencié et plus favorable aux pays en développement Membres". En fait, comme l'a dit le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, "[l]'article 12.1 est pertinent chaque fois qu'il y a une violation d'une des autres dispositions de l'article 12, comme l'article 12.2, 12.3 ou 12.7."[1273]

7.957. Le Groupe spécial n'est donc pas en mesure de partager l'avis de la Malaisie dans la mesure où ses arguments faisant référence à l'article 12.1 doivent être interprétés comme impliquant que cette disposition énonce l'obligation générale et absolue d'accorder un "traitement différencié et plus favorable aux pays en développement Membres".

#### 7.1.4.4 Conclusion concernant l'article 12

7.958. Le Groupe spécial conclut que la Malaisie n'a pas établi que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'Accord OTC, tel qu'éclairé par l'article 12.1 de l'Accord OTC.

### 7.1.5 Allégations au titre du GATT de 1994

#### 7.1.5.1 Article XI:1 – Restrictions à l'importation

##### 7.1.5.1.1 Introduction

7.959. Ayant examiné les allégations au titre de l'Accord OTC, le Groupe spécial passe à présent aux allégations concernant les mesures de l'UE qui ont été formulées au titre du GATT de 1994. Il examine d'abord l'allégation au titre de l'article XI:1, puis les allégations au titre des articles III:4, I:1 et X:3 a) du GATT de 1994, dans cet ordre, pour les raisons déjà exposées dans son examen de l'ordre d'analyse.

7.960. La Malaisie soutient[1274] que l'Union européenne viole l'article XI:1 car la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS appliquent des prohibitions ou restrictions quantitatives à l'importation de biocarburant dérivé de l'huile de palme et d'huile de palme. Plus spécifiquement, en ce qui concerne la relation entre l'article XI:1 et l'article III:4, la Malaisie fait valoir que ces mesures affectent les possibilités d'importation de biocarburant dérivé de l'huile de palme et d'huile de palme dans l'Union européenne ainsi que les possibilités de concurrence sur le marché intérieur et que, par conséquent, l'article XI:1

---

[1272] L'Accord OTC comprend de nombreuses dispositions relatives au traitement spécial et différencié. Bien que la plupart de ces dispositions figurent effectivement à l'article 12, il existe plusieurs autres dispositions de l'Accord OTC qui prévoient un tel traitement. On peut citer, par exemple, l'article 11 (plusieurs dispositions relatives à l'assistance technique), les articles 2.12 et 5.9 (une attention particulière est accordée aux producteurs des pays en développement pour ce qui est de l'octroi d'un "délai raisonnable" entre la publication des règlements techniques ou des procédures d'évaluation de la conformité et leur entrée en vigueur) ou l'article 15.4 (les examens triennaux de l'Accord OTC, ou tout amendement de l'Accord, devraient être effectués sans préjudice des dispositions de l'article 12).

[1273] Rapports du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.47, sous-paragraphe 77. Dans le différend *États-Unis – EPO*, seul différend antérieur dans lequel une constatation au titre de l'article 12.1 a été formulée, le Mexique a présenté une allégation de violation corollaire au titre de l'article 12.1, en faisant valoir que l'incompatibilité de la mesure contestée avec l'article 12.3 entraînait également son incompatibilité avec l'article 12.1. Après avoir rejeté l'allégation formulée par le Mexique au titre de l'article 12.3, le Groupe spécial a rejeté son allégation corollaire au titre de l'article 12.1. (Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.744, 7.802 et 7.803)

[1274] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 940 à 958; deuxième communication écrite, paragraphes 118 à 126; réponses aux questions du Groupe spécial, pages 109 à 116; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial, pages 247 à 285.

et l'article III:4 sont tous deux applicables. S'agissant des effets limitatifs de la mesure sur le commerce, elle renvoie à ses arguments au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En outre, la Malaisie note que la certification relative au faible risque de CIAS n'est ni efficace ni réalisable et a donc une incidence négligeable sur l'effet restrictif pour le commerce de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et a son propre effet limitatif sur l'importation.

7.961. L'Union européenne estime[1275] que seules les mesures affectant directement l'importation proprement dite entrent dans le champ de l'article XI et que la Malaisie n'a pas démontré que c'était le cas en l'espèce. Elle estime qu'aux fins de cette allégation, la Malaisie a simplement remanié les arguments et circonstances factuelles qu'elle avait avancés au titre de l'article III et n'a ni contesté des aspects différents de la mesure ni fait état de circonstances spécifiques qui justifieraient l'application tant de l'article XI:1 que de l'article III:4. Selon elle, tout effet hypothétique sur les importations est la conséquence d'un événement purement interne, à savoir la baisse supposée de la demande intérieure de ce produit. L'Union européenne signale en outre que l'huile de palme est importée à différentes fins et que l'importation n'est d'aucune façon limitée. En ce qui concerne la certification relative au faible risque de CIAS, l'Union européenne considère qu'il s'agit d'une mesure qui favorise les producteurs d'une culture à risque élevé de CIAS et qui, en tant que telle, ne peut pas affecter négativement les importations.

#### 7.1.5.1.2 Critère juridique

7.962. L'article XI s'intitule "Élimination générale des restrictions quantitatives". L'article XI:1 énonce l'obligation suivante:

> Aucun Membre n'instituera ou ne maintiendra à l'importation d'un produit originaire du territoire d'un autre Membre, à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'un autre Membre, de prohibitions ou de restrictions autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions, que l'application en soit faite au moyen de contingents, de licences d'importation ou d'exportation ou de tout autre procédé.

7.963. L'article XI:1 impose donc aux Membres de ne pas instituer ou maintenir de "prohibitions ou de restrictions … [à l'importation]" d'un produit sur leur territoire. L'article XI:1 a été interprété et appliqué dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.964. En fait, ces interprétations diffèrent considérablement et sont au cœur de l'allégation de la Malaisie. Le Groupe spécial développera davantage ce point plus loin.

#### 7.1.5.1.3 Évaluation du Groupe spécial

7.965. Comme il ressort clairement de l'évaluation faite par le Groupe spécial des allégations de la Malaisie au titre de l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure qui a des effets restrictifs pour le commerce. Le Groupe spécial rappelle sa constatation au titre de l'article 2.2 selon laquelle la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure qui a, de par sa conception, un "effet limitatif sur le commerce" du biocarburant dérivé de l'huile de palme. Dans le contexte de l'article 2.1, il a constaté que cette mesure avait une incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé par rapport au groupe des produits similaires nationaux.[1276]

7.966. Le désaccord entre les parties porte essentiellement sur le point de savoir si ces effets restrictifs pour le commerce sont suffisants pour que la mesure entre dans le champ de l'article XI:1. À cet égard, les parties ont une interprétation différente de l'expression "restrictions [à l'importation]" figurant à l'article XI:1. Pour la Malaisie, cette expression fait référence aux "effets

[1275] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1187 à 1210; deuxième communication écrite, paragraphes 250 à 253; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 827 à 871; et observations sur les réponses de la Malaisie aux questions du Groupe spécial, paragraphes 300 à 312.

[1276] Le Groupe spécial indique qu'il formule une constatation analogue plus loin, dans le contexte de l'évaluation des allégations au titre des articles III:4 et I:1, en ce qui concerne le biocarburant dérivé de l'huile de palme et l'huile de palme.

limitatifs sur l'importation" et fait donc entrer dans le champ de l'article XI toute mesure susceptible d'avoir de tels effets. Pour l'Union européenne, cette expression qualifie les mesures qui entrent dans le champ de l'article XI comme étant celles qui ont pour effet direct de limiter l'importation proprement dite.

7.967. Le Groupe spécial comprend également que les parties sont en désaccord sur la relation entre l'article XI:1 et l'article III:4. Les tierces parties ont également exprimé des points de vue différents sur cette question. Le Groupe spécial considère que cette relation n'est pertinente que dans le cas où il apparaît qu'une mesure entre dans le champ des deux dispositions. En d'autres termes, cette relation importe uniquement lorsqu'il apparaît que les deux dispositions s'appliquent à la même mesure sur la base de leurs termes respectifs.[1277]

7.968. La première question qui se pose au Groupe spécial est donc de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS entre dans le champ de l'article XI:1. Elle est elle–même liée à l'interprétation de l'expression "restrictions [à l'importation]" figurant à l'article XI:1. Plusieurs facteurs étayent l'interprétation de l'Union européenne selon laquelle l'expression "restrictions [à l'importation]" qualifie les mesures qui entrent dans le champ de l'article XI comme étant celles qui ont pour effet direct de limiter l'importation proprement dite. Premièrement, le Groupe spécial observe que l'article XI:1 fait référence aux "restrictions [*à* l'*importation*]" de tout produit. Le sens ordinaire du terme "on" (à) ("with regard to", "in connection with" or "in relation to"[1278] ("eu égard à", "en liaison avec" ou "lié à")) donne à penser que l'obligation énoncée à l'article XI:1 n'est pas censée couvrir les restrictions qui simplement *affectent* l'importation de produits. De même, le sens ordinaire du terme "importation" (importation) ("the action or practice of importing a commodity, merchandise, goods, etc."[1279] (l'action ou le processus consistant à importer un produit, une marchandise, un bien, etc.)) donne à penser que l'obligation énoncée à l'article XI:1 n'est pas censée couvrir toutes restrictions appliquées aux "produits importés en provenance du territoire" d'un autre Membre (et encore moins les restrictions qui *simplement affectent* ces produits). L'objet de l'obligation prévue à l'article XI:1 est l'action consistant à importer une marchandise.

7.969. Deuxièmement, le Groupe spécial estime que cette interprétation est étayée par l'analyse du terme "restriction" dans le contexte de l'article XI:1. Comme l'ont noté des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel, le terme "restriction" (restriction) désigne "something that restricts a person or thing; a limitation on action; a limiting condition or regulation" (une chose qui restreint quelqu'un ou quelque chose, une limitation d'action, une condition ou une réglementation limitative).[1280] Cette définition décrit un acte ("limitation", "condition", "réglementation") (par opposition à un effet) et donc une mesure. Cette interprétation est confirmée par le membre de

---

[1277] Le Groupe spécial comprend que le Japon adopte un point de vue semblable lorsqu'il déclare ce qui suit:

> [L]a question de savoir si une mesure entre dans le champ d'une disposition particulière du GATT de 1994 devrait être déterminée en premier lieu par l'interprétation du texte de cette disposition dans le contexte des faits présentés dans un différend donné.
>
> Il peut y avoir des cas dans lesquels il ressort de la simple lecture du libellé des articles correspondants que les champs d'application de deux ou plusieurs articles se chevauchent. Dans certains de ces cas, il pourrait s'avérer nécessaire, ainsi que l'exige le règlement d'un différend spécifique, d'envisager le caractère exclusif de l'application de ces articles afin d'éviter des conséquences contradictoires.

(Japon, réponse en tant que tierce partie à la question n° 3 du Groupe spécial, paragraphe 7. D'autres tierces parties soulignent également la différence entre le champ de l'article XI et celui de l'article III. Voir Brésil, réponse en tant que tierce partie à la question n° 3 du Groupe spécial, paragraphe 11; Colombie, réponse en tant que tierce partie à la question n° 3 du Groupe spécial.)

[1278] Rapports des Groupes spéciaux *Inde – Automobiles*, paragraphes 7.257, 7.261; *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.227; et *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.371.

[1279] Plus spécifiquement, le texte intégral de la définition pertinente se lit comme suit: "The action or practice of importing a commodity, merchandise, goods, etc., from another country or territory for use or resale in the domestic market; an instance of this." (L'action ou la pratique consistant à importer un produit, une marchandise, un bien, etc. d'un autre pays ou territoire à des fins d'utilisation ou de revente sur le marché intérieur; un cas de cela). (Oxford English Dictionary online, définition de "importation" (https://www.oed.com/dictionary/importation_n?tab=meaning_and_use#875896) (consulté le 21 septembre 2023))

[1280] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 319; et *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.91; voir aussi Oxford English Dictionary online, définition de "restriction" (https://www.oed.com/dictionary/restriction_n?tab=meaning_and_use#25718816) (consulté le 21 septembre 2023).

phrase "autres que des droits de douane, taxes ou autres impositions". Comme la Malaisie le fait remarquer à juste titre, il s'agit des seules mesures qui sont expressément indiquées comme ne relevant pas de l'article XI:1, ce qui crée un vaste champ des "restrictions" visées par cet article.[1281] Cependant, cela confirme également que les restrictions sont des mesures, tout comme ces droits, taxes et autres impositions. Enfin, ce sont les "restrictions", conjointement aux "prohibitions", que l'on "n'instituera [pas] ou ne maintiendra" pas. Ce membre de phrase, de par les deux formes verbales employées, dénote également un acte plutôt que le résultat ou l'effet de cet acte.[1282] Le terme "restriction" désigne donc clairement une mesure.

7.970. Cela dit, la définition susmentionnée du terme "restriction" non seulement désigne un acte ("condition", "réglementation"), mais le qualifie aussi d'acte "limitatif". L'Organe d'appel a donc conclu que le terme "restriction" devait s'entendre "généralement, [de] quelque chose qui a un effet limitatif".[1283] Par conséquent, le terme "restriction" non seulement désigne une mesure, mais qualifie aussi cette mesure en décrivant son effet. À l'instar des groupes spéciaux antérieurs et des parties à la présente procédure, le présent Groupe spécial a une interprétation large de ce que peuvent être ces effets limitatifs et de la façon dont ils peuvent être démontrés.[1284] En effet, il ne voit pas de différence importante entre la démonstration de ces effets limitatifs dans le cadre de l'article XI et la démonstration du caractère restrictif pour le commerce au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, par exemple. Mais surtout, il estime que tout effet limitatif de ce type ne devient pertinent que si et quand il a été démontré que la mesure en cause était une mesure imposée "à l'importation" d'un produit.

7.971. Ainsi, le Groupe spécial considère que le terme "restriction" contient deux éléments distincts qui doivent être établis pour qu'une mesure entre dans le champ de l'article XI:1: une *mesure* doit être imposée "à" l'importation et cette mesure doit avoir des *effets limitatifs* sur l'importation d'un ou de plusieurs produits. En effet, une mesure peut fort bien réglementer l'importation sans avoir aucun effet limitatif[1285] et il peut fort bien y avoir des effets limitatifs sur le commerce sans qu'aucune mesure ne soit imposée "à" l'importation.[1286] Dans les deux cas, il n'y a pas de "restriction[] [à l'importation]" au sens de l'article XI:1.

7.972. Le Groupe spécial trouve dans des affaires antérieures la confirmation que l'expression "restrictions [à l'importation]" exige qu'en plus d'avoir des effets limitatifs sur le commerce une *mesure* s'applique à l'action d'importer ou en lien avec elle. Parmi elles figurent les affaires que la

---

[1281] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 945.

[1282] Le terme "institute" (instituer) s'entend de "to set up, establish, found, ordain; to introduce, bring into use or practice" (créer, établir, fonder, prescrire; introduire, mettre en usage ou en pratique), voir Oxford English Dictionary online, définition de "institute" (https://www.oed.com/dictionary/institute_v?tab=meaning_and_use#382143) (consulté le 21 septembre 2023); le terme "maintain" (maintenir) s'entend de "to uphold, back up, stand by" (confirmer, sauvegarder, soutenir), voir Oxford English Dictionary online, définition de "maintain" (https://www.oed.com/dictionary/maintain_v?tab=meaning_and_use#38643862) (consulté le 21 septembre 2023)

[1283] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 319; et *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.91, note de bas de page 548.

[1284] Le Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée* l'a résumé ainsi:

> Par conséquent, ainsi que nous l'avons montré ci-dessus, un certain nombre de groupes spéciaux du GATT et de l'OMC ont reconnu que l'article XI:1 s'appliquait aux mesures qui engendrent des incertitudes et ont une incidence sur les plans d'investissement, qui restreignent l'accès au marché pour les importations ou qui rendent leurs coûts prohibitifs, tous facteurs qui ont des conséquences sur la situation concurrentielle d'un importateur. Par ailleurs, il apparaît que les constatations faites dans chacune de ces affaires étaient fondées sur la conception de la mesure et sa capacité d'influer défavorablement sur les importations plutôt que sur une analyse séparée de l'incidence effective de la mesure sur les courants d'échanges.

(Rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.240)

[1285] Voir, par exemple, l'examen de l'Organe d'appel concernant les formalités et les prescriptions à l'importation au sens de l'article VIII du GATT de 1994 dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*:

> Selon nous, toutes les charges associées à une formalité ou prescription à l'importation n'entraîneront pas une incompatibilité avec l'article XI:1 du GATT de 1994. Par contre, seules celles qui ont un effet limitatif sur l'importation de produits le feront.

(*Ibid.*, paragraphe 5.243)

[1286] Le Groupe spécial note que la mesure en cause dans l'affaire *Australie – Emballage neutre* peut servir d'exemple. Il a été constaté qu'elle avait des effets restrictifs pour le commerce au sens de l'article 2.2. Les plaignants n'ont toutefois pas contesté la mesure au titre de l'article XI:1. (Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1255)

Malaisie mentionne à l'appui de sa propre interprétation. Toutes les mesures en cause dans ces affaires, dont il avait été constaté qu'elles entraient dans le champ de l'article XI:1, concernaient des mesures liées à l'action d'importer. Certaines de ces mesures se rapportaient directement au processus d'importation proprement dit, en ce sens qu'elles étaient liées avec un processus d'octroi de licences ou faisaient partie d'un tel processus.[1287] D'autres concernaient l'action d'importer dans un sens plus direct et physique.[1288] Comme la Malaisie le fait remarquer à juste titre, certaines affaires antérieures concernaient des mesures *de jure*, tandis que d'autres avaient trait à des mesures *de facto*, telles que la mesure examinée (mais pour laquelle aucune violation n'a été constatée) dans l'affaire *Argentine – Peaux et cuirs*, qui prévoyait la présence de représentants de l'industrie nationale de la tannerie dans le processus d'exportation des cuirs et peaux.[1289] Enfin, dans quelques affaires, des groupes spéciaux ont dû examiner si la mesure en cause concernait l'action d'"importer" proprement dite et non un produit déjà importé. Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, par exemple, le Groupe spécial a décidé que, parce qu'elles visaient à pénaliser l'acte d'importer et donc mettaient en application une interdiction d'importer, certaines amendes (y compris les amendes au titre de la commercialisation et du transport) étaient des restrictions à l'"importation".[1290]

7.973. S'agissant des faits de la cause en l'espèce, le Groupe spécial observe que, sur la base de son interprétation selon laquelle l'article XI:1 exige simplement de montrer qu'il y a des effets limitatifs sur l'importation, la Malaisie n'a pas démontré que la mesure était appliquée à l'importation ou en lien avec elle en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS elle-même ou la procédure de certification relative au faible risque de CIAS.[1291] En fait, les éléments de preuve présentés au Groupe spécial montrent que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS n'est pas appliquée à l'importation ou en lien avec elle, mais plutôt en lien avec les objectifs en matière d'énergies renouvelables que les États membres

[1287] Par exemple, dans l'affaire *Inde – Automobiles*, une condition relative à l'équilibrage des échanges énoncée dans un mémorandum d'accord que les fabricants d'automobiles étaient tenus de signer pour obtenir une licence d'importation déterminait directement le volume des importations autorisées dans le pays. (Rapport du Groupe spécial *Inde – Automobiles*, paragraphes 2.4 et 2.5) De même, dans l'affaire *Argentine – Mesures à l'importation*, les entreprises n'étaient pas autorisées à importer à moins d'équilibrer leur balance commerciale ou de dégager un excédent commercial par le biais d'un nombre limité d'actions spécifiques. (Rapport du Groupe spécial *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 6.121) Parmi les autres affaires impliquant des mesures semblables concernant les licences d'importation figurent les suivantes: *Inde – Restrictions quantitatives (*licences d'importation et autres mesures); *Indonésie – Régimes de licences d'importation* (licences d'importation); *Indonésie – Poulet* (licences d'importation); *Chine – Matières premières* (licences d'exportation); *Colombie – Textiles (article 21:5 – Panama)* (prescription relative à la garantie spécifique).

[1288] Par exemple, dans l'affaire *Colombie – Bureaux d'entrée*, les mesures en cause concernaient l'accès physique à certains bureaux d'entrée. (Rapport du Groupe spécial *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphes 7.219 à 7.223) Un autre exemple est celui du différend *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, dans lequel le Groupe spécial a estimé que certaines restrictions visant des services relatifs aux gazoducs avaient la nature de restrictions à l'importation. Il a fait valoir ce qui suit:

> Nous considérons qu'en raison de la nature fixe de l'infrastructure de gazoducs et de la nécessité pour le gaz naturel transporté par gazoducs de suivre des trajets prédéterminés et d'être importé par un nombre limité de points d'entrée fixes, un arrangement conditionnant l'accès à la capacité de transport de cette infrastructure fixe qui a un lien démontrable et suffisamment direct avec un point d'entrée pour ce produit sur le marché du Membre importateur peut avoir un effet sur l'importation du produit en question. (Rapport du Groupe spécial *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, paragraphe 7.994)

[1289] Rapport du Groupe spécial *Argentine – Peaux et cuirs*, paragraphe 11.22.

[1290] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.372. Les autres affaires dont on peut dire qu'elles appartiennent à cette catégorie sont celles qui concernent les entreprises commerciales d'État. Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, le Groupe spécial a dit ce qui suit:

> En se fondant sur les constatations du Groupe spécial Canada – Organismes provinciaux de commercialisation (1988), le présent Groupe spécial estime que, dans la mesure où le LPMO contrôle totalement l'importation et la distribution de sa part de 30% du contingent coréen d'importation de viande de bœuf, la distinction normalement faite dans le cadre du GATT entre les restrictions qui touchent l'importation de produits (c'est-à-dire les mesures à la frontière) et celles qui touchent les produits importés (c'est-à-dire les mesures internes) perd beaucoup de son importance.

(Rapport du Groupe spécial *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 766)

[1291] Le Groupe spécial rappelle que, dans son évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, il prend en compte les critères relatifs au faible risque de CIAS. Par conséquent, il considère que la contestation distincte de la certification relative au faible risque de CIAS par la Malaisie se rapporte à la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, voir plus haut le paragraphe 7.40.

de l'UE doivent atteindre en ce qui concerne leur consommation, indépendamment de l'origine des différents types de carburants qu'ils consomment. Par conséquent, la Malaisie n'a pas démontré qu'il existait une "restriction[] [à l'importation]" au sens de l'article XI:1.

7.974. Le Groupe spécial rappelle qu'il doit d'abord examiner si une mesure entre dans le champ de l'article XI:1 et de l'article III:4, avant de traiter toute question concernant la relation entre ces deux dispositions. Étant donné que la Malaisie n'a pas démontré que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la procédure de certification relative au faible risque de CIAS entraient dans le champ de l'article XI:1, il ne procédera pas à un examen de la relation entre l'article XI:1 et l'article III:4.

#### 7.1.5.1.4 Conclusion concernant l'article XI:1

7.975. La Malaisie n'a pas établi que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ou la procédure de certification relative au faible risque de CIAS était incompatible avec l'obligation, énoncée à l'article XI:1 du GATT de 1994, de ne pas instituer ni maintenir de prohibitions ou de restrictions à l'importation d'un produit originaire du territoire d'un autre Membre.

### 7.1.5.2 Article III:4 – Traitement national

#### 7.1.5.2.1 Introduction

7.976. Le Groupe spécial passe à présent à l'allégation au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.

7.977. La Malaisie estime[1292] que l'Union européenne viole l'article III:4 du GATT de 1994 parce que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS établissent une discrimination entre l'huile de palme et le biocarburant dérivé de l'huile de palme originaires de Malaisie, d'une part, et les produits similaires originaires de l'UE, d'autre part. Plus spécifiquement, elle fait valoir que la mesure en cause est une loi, un règlement ou une prescription entrant dans le champ de l'article III:4 qui plafonne et, en fin de compte, élimine progressivement la possibilité pour les biocarburants dérivés de l'huile de palme d'être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. Elle soutient que, comme il n'y a pratiquement aucun marché pour les biocarburants qui ne peuvent pas être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, la mesure limite et élimine à terme les possibilités de concurrence pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme sur le marché de l'UE, par rapport au biocarburant dérivé de l'huile de colza et de l'huile de soja, qui peut toujours être comptabilisé. Elle estime que cela, à son tour, limite et élimine la demande d'huile de palme sur le marché européen des matières premières pour biocarburants, ce qui n'est pas le cas pour l'huile de colza ou l'huile de soja. De plus, la Malaisie allègue l'existence d'un traitement moins favorable au motif que les fournisseurs malaisiens de biocarburant dérivé de l'huile de palme sont soumis à la certification relative au faible risque de CIAS tandis que les fournisseurs de biocarburants similaires de l'UE ne le sont pas.

7.978. L'Union européenne conteste[1293] que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS entre dans le champ de l'article III:4 et établisse une discrimination à l'égard du biocarburant dérivé de l'huile de palme et/ou de l'huile de palme. Plus spécifiquement, elle conteste la qualification de la mesure comme étant essentiellement une condition d'accès aux marchés et estime que la Malaisie ne s'est pas acquittée de la charge de prouver que la mesure affectait la vente d'un produit sur le marché intérieur. Selon elle, la Malaisie n'a pas démontré qu'il y avait un lien de causalité entre la possibilité d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables et l'accès aux marchés pour l'huile de palme et le biocarburant dérivé de l'huile de palme. L'Union européenne fait en outre valoir que la Malaisie a indûment limité l'analyse du traitement moins favorable à quelques produits similaires choisis et que

[1292] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 921 à 939; deuxième communication écrite, paragraphes 330 à 342; réponses aux questions du Groupe spécial, pages 46 à 60; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial, pages 155 à 174.

[1293] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1140 à 1186; deuxième communication écrite, paragraphes 234 à 249; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 429 à 431 et 437 à 483; et observations sur les réponses de la Malaisie aux questions du Groupe spécial, paragraphes 184 à 210.

la mesure traite l'huile de palme et le biocarburant dérivé de l'huile de palme de la même manière, indépendamment du lieu où ils sont produits.

7.979. Dans leurs arguments, les deux parties soulèvent donc un certain nombre de questions identiques ou semblables à celles qui ont été examinées dans la section concernant l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Plus spécifiquement, elles renvoient à leurs arguments concernant les éléments relatifs aux produits similaires et au traitement national de l'analyse au titre de l'article 2.1, ou les répètent. Dans les cas où cela est pertinent, le Groupe spécial s'appuie donc sur les constatations qu'il a déjà formulées concernant cette allégation et y renvoie.

#### 7.1.5.2.2 Critère juridique

7.980. L'article III du GATT de 1994 est intitulé "Traitement national en matière d'impositions et de réglementation intérieures". L'article III:4 énonce l'obligation suivante:

> Les produits du territoire de tout Membre importés sur le territoire de tout autre Membre ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. 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.

7.981. L'article III:4 a été interprété et appliqué dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.982. Sur la base du texte de la disposition, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont décrit comme suit les trois éléments d'une violation de l'article III:4[1294]:

a. les produits importés et les produits nationaux en cause sont des "produits similaires";

b. la mesure en cause est "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

c. les produits importés doivent être soumis à un traitement "moins favorable" que celui accordé aux produits nationaux similaires.

7.983. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article III:4 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

7.984. Le Groupe spécial note que la Malaisie formule son allégation au titre de l'article III:4 en ce qui concerne le traitement tant du biocarburant dérivé de l'huile de palme que de l'huile de palme utilisée comme matière première pour biocarburants. Par conséquent, le Groupe spécial examinera d'abord les arguments des parties pour chacun de ces deux types de produits l'un après l'autre.

#### 7.1.5.2.3 Biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja

##### 7.1.5.2.3.1 Produits similaires

7.985. Le Groupe spécial reconnaît que les champs des obligations de non–discrimination énoncées à l'article III:4 et à l'article 2.1 de l'Accord OTC diffèrent; l'obligation de traitement national apparaît dans les deux dispositions, mais l'obligation NPF figure uniquement dans la seconde. Le Groupe spécial est également conscient du fait que la notion même de produits similaires n'est pas identique

[1294] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 133.

dans les différentes dispositions des Accords de l'OMC.[1295] Nonobstant ces différences, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont souligné les parallèles importants qui existaient entre les obligations de non–discrimination énoncées à l'article 2.1 et à l'article III:4.[1296]

7.986. En particulier, l'analyse de la similarité prévue dans chacune de ces dispositions est "essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits".[1297] Dans cette optique, et comme pour l'évaluation au titre de l'article 2.1, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont considéré que les quatre critères de similarité énoncés dans le rapport du Groupe de travail des ajustements fiscaux à la frontière étaient un outil analytique utile pour déterminer si des produits étaient similaires aux fins de l'article III.[1298] Par conséquent, pour évaluer si les produits importés et les produits nationaux sont similaires, le Groupe spécial s'appuiera sur les principes généraux énoncés dans ses constatations au titre de l'article 2.1, sauf si d'autres considérations découlent de la nature de l'obligation énoncée à l'article III:4 ou des circonstances factuelles pertinentes.

7.987. Pour ce qui est des biocarburants, la Malaisie renvoie aux arguments et aux éléments de preuve présentés à l'appui de l'allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.[1299] L'Union européenne, pour sa part, réaffirme que la Malaisie, du fait qu'elle n'a pas identifié dûment l'ensemble des produits similaires, n'a pas établi que les produits étaient similaires[1300], et elle renvoie par ailleurs aux arguments concernant la similarité des biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja au titre de l'article 2.1.[1301]

7.988. Compte tenu du chevauchement des arguments présentés par les parties concernant la similarité des biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja, le Groupe spécial ne voit rien qui pourrait l'amener, dans les circonstances de la présente affaire, à formuler une conclusion concernant la similarité de ces trois produits qui serait différente de celle formulée au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Par conséquent, sur la base des constatations formulées plus haut dans le contexte de l'article 2.1, il conclut qu'aux fins de son analyse au titre de l'article III:4, les biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja sont des produits similaires.

#### 7.1.5.2.3.2 Champ d'application de l'article III:4

7.989. La Malaisie estime que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS sont des lois, des règlements ou des prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation du biocarburant dérivé de l'huile de palme sur le marché intérieur.[1302] Elle s'appuie sur ses arguments concernant l'incidence de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sur les possibilités de marché pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme, et fait valoir que l'article III:4 couvre non seulement les mesures obligatoires mais aussi celles qui ont une incidence sur les décisions de parties privées en ce qui concerne la vente, la mise en vente, l'achat et l'utilisation d'un produit.[1303]

7.990. L'Union européenne ne conteste pas que les mesures sont une loi ou un règlement.[1304] Elle conteste cependant que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS "affecte" les ventes ou la mise en vente de produits sur le marché intérieur, étant donné qu'elle n'impose pas de conditions d'accès au marché.[1305]

---

[1295] Rapports de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 24; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.81.
[1296] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.82; et *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.278.
[1297] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.
[1298] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101.
[1299] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 927.
[1300] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1158 à 1163.
[1301] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1143.
[1302] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 924 et 925; deuxième communication écrite, paragraphes 333 et 334.
[1303] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 924 et 925.
[1304] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1154.
[1305] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1156.

7.991. Le Groupe spécial rappelle qu'il a été constaté que le terme "affectant" figurant à l'article III:4 exprimait un lien entre certains types d'actions gouvernementales et des "transactions, activités et utilisations spécifiques se rapportant à des produits sur le marché".[1306] Ce terme a également été interprété d'une manière large, allant au–delà du sens des expressions "qui réglementent" ou "qui régissent" les ventes ou la mise en vente de produits.[1307] L'article III:4 vise donc non seulement les lois et règlements qui régissent directement les conditions de vente ou d'achat mais encore ceux qui pourraient altérer les conditions de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés.[1308] À cette fin, les effets d'une mesure sur ceux qui vendent, achètent, transportent, distribuent ou utilisent les produits n'échappent pas à un examen au titre de l'article III:4.[1309] Appliquant ces principes, des groupes spéciaux antérieurs ont constaté que les mesures gouvernementales qui prévoyaient des incitations à l'achat ou à la mise en vente de certains produits de préférence à d'autres entraient dans le champ de l'article III:4.[1310]

7.992. L'article 26.2 de la Directive RED II n'impose pas un mélange de carburants précis aux États membres de l'UE ni aux producteurs de carburants. Cependant, il limite spécifiquement et exclut progressivement de la prise en compte aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables les biocarburants produits à partir de matières premières à risque élevé de CIAS. Tous les États membres de l'UE doivent donc tenir compte de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS lorsqu'ils conçoivent toutes "mesures [nationales] visant à inciter les acteurs du marché à utiliser certains biocarburants", comme l'Union européenne le reconnaît elle–même, afin d'atteindre leurs objectifs de contribution nationale. En ce sens, la mesure affecte les possibilités de concurrence des biocarburants. Compte tenu de ces considérations, le Groupe spécial constate que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure "affectant" la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation du biocarburant dérivé de l'huile de palme et qu'elle entre dans le champ de l'article III:4.

7.993. Le Groupe spécial rappelle que la Malaisie affirme que la certification relative au faible risque de CIAS limite et exclut à terme, par elle-même, la possibilité que le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. À son avis, l'allégation de la Malaisie ne fait pas de distinction entre les critères de certification relatifs au risque de CIAS et la procédure de certification. Dans la mesure où la Malaisie fait valoir que ce sont les *critères* pour la certification relative au faible risque de CIAS énoncés aux articles 4 et 5 du Règlement délégué qui accordent un traitement moins favorable au biocarburant dérivé de l'huile de palme, le Groupe spécial examine ces arguments conjointement avec la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.[1311]

7.994. Dans la mesure où la Malaisie conteste la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS au titre de l'article III:4, le Groupe spécial doit d'abord examiner s'il s'agit d'une "loi[], [d'un] règlement[] ou [d'une] prescription[]" affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation des biocarburants sur le marché intérieur.[1312] Ailleurs dans ses communications, elle fait valoir que l'Union européenne a conçu un "système d'une complexité prohibitive pour la certification relative au faible risque de CIAS".[1313] La Malaisie soutient par ailleurs que la procédure de certification "modifie sans doute les conditions de concurrence … puisque toutes les autres matières premières n'ont actuellement pas besoin" d'une telle certification.[1314]

7.995. Des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté que des prescriptions procédurales et administratives pouvaient entrer dans le champ de l'article III:4, si elles affectaient les conditions de concurrence sur un marché donné.[1315] Le Groupe spécial note que la certification relative au faible

[1306] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 208.
[1307] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 220 (note de bas de page omise).
[1308] Rapport du Groupe spécial *Canada – Automobiles*, paragraphe 10.80. Voir aussi le rapport du Groupe spécial *Argentine – Services financiers*, paragraphes 7.1019 à 7.1023.
[1309] Rapport de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 305.
[1310] Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *Inde – Automobiles*, paragraphes 7.195 à 7.198 et 7.307 à 7.309; et *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 195.
[1311] Pour ce qui est de la distinction entre les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS, voir la section du présent rapport relative aux considérations préliminaires.
[1312] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 924 et 925.
[1313] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 460.
[1314] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 476.
[1315] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 195; et rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 7.665.

risque de CIAS est énoncée dans les dispositions du Règlement délégué et, de ce fait, constitue une "loi[], [un] règlement[] ou [une] prescription[]". Le Groupe spécial note en outre que tout biocarburant présentant un risque élevé de CIAS produit à partir d'une récolte satisfaisant aux critères relatifs au faible risque de CIAS doit faire l'objet d'une procédure de certification afin de pouvoir être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables au–delà des limites imposées par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. La conception de la procédure de certification peut donc avoir une incidence sur la possibilité pour le biocarburant d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. Par conséquent, et compte tenu des constatations du Groupe spécial concernant le lien entre l'admissibilité aux fins des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables et les possibilités sur le marché des biocarburants de l'UE, le Groupe spécial considère que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS affecte la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation des biocarburants généralement classés comme présentant un risque élevé de CIAS.

#### 7.1.5.2.3.3 Traitement non moins favorable

7.996. L'article III:4 exige des Membres de l'OMC qu'ils accordent au groupe des produits importés un traitement non moins favorable que celui qui est accordé au groupe des produits nationaux similaires.[1316] Cette obligation a été interprétée comme exigeant l'égalité effective des possibilités de concurrence pour les produits importés et les produits nationaux sur le marché intérieur.[1317] Pour établir qu'il y a incompatibilité avec l'article III:4, un plaignant doit donc montrer que la mesure modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés.[1318]

7.997. Le critère juridique permettant de démontrer qu'une mesure n'accorde pas un "traitement non moins favorable" au titre de l'article III:4 est semblable à celui qui s'applique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, dans la mesure où les deux exigent une démonstration du fait que la mesure modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment du groupe des produits importés par rapport au groupe des produits nationaux similaires. De fait, comme il est noté plus haut[1319], il existe d'importants parallèles entre les champs et les libellés de ces deux obligations de non–discrimination[1320], la principale différence étant que l'article III:4 n'exige pas qu'un groupe spécial détermine si une quelconque incidence préjudiciable sur le produit importé "découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".[1321]

7.998. Compte tenu de ces considérations, et dans la mesure où les parties s'appuient sur les mêmes arguments que ceux qu'elles ont avancés au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC pour établir l'existence d'une "incidence préjudiciable" au titre de l'article III:4, le Groupe spécial renverra aux constatations pertinentes formulées au titre de cette disposition.

7.999. Le Groupe spécial note que, s'agissant des biocarburants, les parties, pour l'essentiel, renvoient aux arguments ou répètent les arguments qu'elles avancent concernant l'élément relatif au traitement national de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.1.[1322] Compte tenu du chevauchement des arguments des parties, il ne voit rien qui pourrait l'amener, dans les circonstances de la présente affaire, à formuler une conclusion concernant le "traitement non moins favorable" des biocarburants qui serait différente de celle qu'il a déjà formulée au sujet de l'existence d'une incidence préjudiciable au titre de l'article 2.1. Pour les raisons exposées dans ses constatations au titre de l'article 2.1, il constate donc que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS accorde un traitement moins favorable au biocarburant dérivé

[1316] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 100.
[1317] Rapports de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 19; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.101.
[1318] Rapports de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 128; et *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 137.
[1319] Voir plus haut le paragraphe 7.463.
[1320] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 100; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.122.
[1321] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.125.
[1322] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 936.

de l'huile de palme importé de Malaisie par rapport au biocarburant dérivé de l'huile de colza et de l'huile de soja originaire de l'UE.[1323]

7.1000. Le Groupe spécial note que la Malaisie fait valoir en outre que la certification relative au faible risque de CIAS accorde un traitement moins favorable au biocarburant dérivé de l'huile de palme.[1324] Il rappelle à cet égard que les *critères* de certification relatifs au faible risque de CIAS sont considérés conjointement avec la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.[1325] S'agissant de la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS, la Malaisie se réfère aux mêmes arguments que ceux qu'elle avance en ce qui concerne son allégation au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC et fait valoir que, "du fait de l'article 3 du Règlement délégué, seul le biocarburant dérivé du palmier à huile est un biocarburant présentant un risque élevé de CIAS et est donc soumis à la certification relative au faible risque de CIAS".[1326] Elle ajoute que le fait d'être soumis à la certification relative au faible risque de CIAS "fausse les conditions de concurrence au détriment des fournisseurs malaisiens".[1327]

7.1001. L'article 3 du Règlement délégué est l'un des éléments centraux de la conception de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il contient la formule qui détermine, sur la base de certaines variables et hypothèses, si une culture particulière destinée à l'alimentation animale et humaine doit être considérée comme une matière première pour biocarburants présentant un risque élevé de CIAS. Comme il apparaît que la Malaisie elle-même le fait valoir, c'est le résultat de l'application de cette formule, et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS d'une manière plus générale, qui exige des fournisseurs de biocarburant dérivé de l'huile de palme malaisiens qu'ils se soumettent à la procédure de certification pour les besoins de la comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables au-delà des limites imposées par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. En d'autres termes, l'"incidence préjudiciable" que la Malaisie a indiquée dans son allégation découle non pas de la certification relative au faible risque de CIAS, mais de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. De ce fait, elle est traitée conjointement avec les constatations du Groupe spécial concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. La Malaisie n'a donc pas établi que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS accordait un traitement moins favorable au biocarburant dérivé de l'huile de palme par elle-même.

#### 7.1.5.2.4 Matières premières pour biocarburants

7.1002. Le Groupe spécial comprend la position de la Malaisie comme étant en substance que, dès lors que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la procédure de certification relative au faible risque de CIAS ont une incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme, cette incidence préjudiciable s'étend nécessairement à sa matière première (à savoir l'huile de palme). Il note que les arguments de la Malaisie qui touchent au traitement moins favorable allégué de l'huile de palme reposent sur les mêmes hypothèses que ceux qui touchent au traitement du biocarburant dérivé de l'huile de palme. Dans ces circonstances, il doit examiner l'utilité pratique que toute constatation de ce type aurait pour la mise en œuvre, à la lumière de ses autres constatations concernant le biocarburant dérivé de l'huile de palme.

7.1003. Le Groupe spécial ne voit aucune raison de formuler des constatations distinctes et additionnelles au titre de l'article III:4 sur la question de savoir si les mêmes aspects de la même mesure dont il a été constaté qu'ils avaient une incidence préjudiciable sur les importations de biocarburant dérivé de l'huile de palme ont également une incidence préjudiciable sur sa matière première (à savoir l'huile de palme). Il rappelle qu'aux fins de son allégation au titre des obligations en matière de traitement national et de traitement NPF énoncées à l'article 2.1 de l'Accord OTC, la Malaisie se concentre uniquement sur les biocarburants dérivés de l'huile de palme, et qu'il formule ses constatations en conséquence. La Malaisie n'a pas expliqué en quoi des constatations additionnelles concernant une incidence préjudiciable sur la matière première (à savoir l'huile de

[1323] L'Union européenne reconnaît produire dans l'UE des biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja. Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1172.
[1324] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 937.
[1325] Voir la section du présent rapport relative aux considérations préliminaires.
[1326] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 937; réponse à la question n° 91 du Groupe spécial.
[1327] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 937.

palme) auraient une quelconque utilité pratique dans la perspective d'un éventuel appel ou de la mise en œuvre ou à d'autres égards.

7.1004. Le Groupe spécial note que, comme l'incidence préjudiciable alléguée sur les matières premières découle, selon les allégations, des mêmes aspects de la même mesure que ceux qui ont une incidence préjudiciable sur les biocarburants dérivés de l'huile de palme, il s'ensuit nécessairement que toute action entreprise aux fins de la mise en œuvre des constatations relatives à la discrimination concernant le biocarburant dérivé de l'huile de palme traiterait nécessairement toute discrimination découlant des mêmes aspects de la même mesure en ce qui concerne la matière première (à savoir l'huile de palme). Ainsi, dans la perspective de la mise en œuvre, il apparaît que des constatations distinctes et additionnelles concernant la matière première (à savoir l'huile de palme) seraient totalement superflues.[1328]

7.1005. Le Groupe spécial ne juge donc pas nécessaire de formuler des constatations additionnelles sur le traitement de l'huile de palme pour arriver à une solution positive du présent différend ou pour aider l'ORD à statuer et à formuler des recommandations ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.

#### 7.1.5.2.5 Conclusion concernant l'article III:4

7.1006. Le Groupe spécial constate que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elle accorde au biocarburant dérivé de l'huile de palme en provenance de Malaisie un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires de l'UE.

7.1007. Dans la mesure où la Malaisie conteste la procédure de certification relative au faible risque de CIAS en tant que mesure distincte au titre de l'article III:4 du GATT de 1994, elle n'a établi l'existence d'aucune incompatibilité avec cette obligation.

### 7.1.5.3 Article I:1 – Traitement de la nation la plus favorisée

#### 7.1.5.3.1 Introduction

7.1008. Le Groupe spécial passe à présent à l'allégation au titre de l'article I:1 du GATT de 1994.

7.1009. La Malaisie estime[1329] que l'Union européenne viole l'article I:1 car la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS établissent une discrimination entre l'huile de palme et le biocarburant dérivé du palmier à huile, et les produits similaires originaires de pays tiers. Plus spécifiquement, elle répète que le biocarburant dérivé de l'huile de palme est similaire au biocarburant dérivé de l'huile de colza et au biocarburant dérivé de l'huile de soja, et que l'huile de palme est similaire à l'huile de colza et à l'huile de soja utilisées comme matières premières pour biocarburants. Elle soutient que le biocarburant dérivé de l'huile de colza et le biocarburant dérivé de l'huile de soja, et par extension leurs matières premières, bénéficient de débouchés commerciaux découlant de la possibilité d'être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables dans les limites de la part maximale de 7%. Selon elle, cet avantage n'est pas étendu au biocarburant dérivé de l'huile de palme ni à l'huile de palme étant donné que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS limite et exclut à terme la possibilité que le biocarburant dérivé de l'huile de palme soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de consommation d'énergies renouvelables. La Malaisie ajoute que les producteurs d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses sont exemptés de l'obligation de certifier leurs biocarburants comme présentant un faible risque de CIAS, ce qui confère un avantage en soi.

[1328] En outre, le Groupe spécial ne considère pas que de telles constatations additionnelles sur les matières premières préjugeraient du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages résultant de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au-delà de tout niveau dont l'existence serait autrement constatée.

[1329] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 890 à 920; deuxième communication écrite, paragraphes 322 à 329; réponses aux questions du Groupe spécial, pages 47 à 55, 57 et 58; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial, pages 156 à 174.

7.1010. L'Union européenne affirme[1330] que la Malaisie n'a pas démontré que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était incompatible avec l'article I:1. Plus spécifiquement, elle fait valoir que la Malaisie n'a pas démontré le bien–fondé de son argumentation concernant les produits similaires, et elle conteste que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS établisse une discrimination entre l'huile de palme et le biocarburant dérivé de l'huile de palme et les produits similaires, et qu'un avantage soit conféré à ces derniers. À cet égard, elle renvoie à ses affirmations concernant les allégations de la Malaisie au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. L'Union européenne affirme en outre que la certification relative au faible risque de CIAS traite tous les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation animale et humaine de manière équivalente.

7.1011. Pour faire valoir leurs positions respectives au titre de l'article I:1, les parties présentent des arguments identiques ou semblables à ceux qui ont été présentés dans le contexte des allégations de la Malaisie au titre de l'article 2.1 et de l'article III:4. Par conséquent, dans les cas où cela sera pertinent, le Groupe spécial renverra aux constatations qu'il a formulées concernant ces deux allégations.

#### 7.1.5.3.2 Critère juridique

7.1012. L'article premier est intitulé "Traitement général de la nation la plus favorisée". L'article I:1 énonce l'obligation suivante:

> Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions, l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations ainsi que toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III.

7.1013. L'article I:1 a été interprété et appliqué dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.1014. Des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté, sur la base du texte de l'article I:1, que pour établir l'existence d'une violation de cet article, il fallait démontrer les éléments suivants[1331]:

a. la mesure en cause entre dans le champ d'application de l'article I:1;

b. les produits importés en cause sont des "produits similaires" au sens de l'article I:1;

c. la mesure en cause confère un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" pour un produit originaire du territoire de tout pays; et

d. l'avantage ainsi accordé n'est pas, "immédiatement" et "sans condition", étendu aux produits "similaires" originaires du territoire de tous les Membres.

7.1015. Si un Membre accorde un avantage de quelque nature que ce soit à un quelconque produit importé d'un quelconque pays, il doit accorder cet avantage "immédiatement et sans condition" à tout produit importé similaire.[1332] Les termes de l'obligation de non–discrimination figurant à

[1330] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1129 à 1139; deuxième communication écrite, paragraphes 201 à 233; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 432 à 466 et 471 à 482; et observations sur les réponses de la Malaisie aux questions du Groupe spécial, paragraphes 184 à 198.

[1331] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.86.

[1332] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.87; et *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.277.

l'article I:1 sont formulés d'une manière différente par rapport à l'article III:4. Nonobstant ces différences, les deux dispositions visent fondamentalement à prohiber les mesures discriminatoires en exigeant l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés similaires en provenance de tous les Membres (article I:1), et pour les produits importés et les produits nationaux similaires (article III:4).[1333]

7.1016. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article I:1 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.5.3.3 Champ de l'article I:1

7.1017. Comme il ressort du texte de la disposition, l'obligation NPF énoncée à l'article I:1 s'applique en ce qui concerne:

> les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions, l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations ainsi que toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III.

7.1018. La Malaisie fait valoir que l'article I:1 est applicable dans le cas d'espèce car la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS entrent dans le champ de l'article III:4.[1334] Elles constituent par conséquent une "question qui fait l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III".

7.1019. Le Groupe spécial ne considère pas que l'Union européenne conteste l'applicabilité de l'article I:1.

7.1020. Le Groupe spécial a constaté précédemment, dans le contexte de son évaluation au titre de l'article III:4, que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était une "loi[], [un] règlement[] ou [une] prescription[] affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution [ou] l'utilisation" du biocarburant dérivé de l'huile de palme et de l'huile de palme.[1335] Il formule donc la constatation corollaire selon laquelle la mesure est une "question qui fait l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III" et, à ce titre, entre dans le champ de l'article I:1.

7.1021. Le Groupe spécial note qu'en ce qui concerne la certification relative au faible risque de CIAS, le fondement de l'argument de la Malaisie est que la mesure entre dans le champ de l'article III:4. Comme il est noté plus haut[1336], l'allégation de la Malaisie ne fait pas de distinction entre les critères de certification relatifs au risque de CIAS et la procédure de certification. Dans la mesure où la Malaisie fait valoir que ce sont les *critères* pour la certification relative au faible risque de CIAS énoncés aux articles 4 et 5 du Règlement délégué qui n'étendent pas à l'huile de palme et au biocarburant dérivé de l'huile de palme l'avantage accordé aux produits similaires d'autres origines, le Groupe spécial examine ces arguments conjointement avec la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Dans la mesure où elle conteste la *procédure* de certification relative au faible risque de CIAS au titre de l'article III:4, le Groupe spécial rappelle qu'il admet qu'il s'agit d'une "loi[], [d'un] règlement[] ou [d'une] prescription[] affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution [ou] l'utilisation" de produits. Il formule donc la constatation corollaire selon laquelle la procédure de certification relative au faible risque de CIAS est également une "question qui fait l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III" et, par conséquent, entre également dans le champ de l'article I:1.

7.1022. Comme dans le cas de l'article III:4, la Malaisie formule son allégation au titre de l'article I:1 en ce qui concerne le traitement tant du biocarburant dérivé de l'huile de palme que de

---

[1333] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.82; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.29, également dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC; rapport du Groupe spécial *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, paragraphe 7.571.

[1334] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 895 et 896.

[1335] Voir plus haut la section relative au champ d'application de l'article III:4.

[1336] Voir plus haut la section relative au champ d'application de l'article III:4.

l'huile de palme utilisée comme matière première pour biocarburants. Par conséquent, le Groupe spécial examinera d'abord les arguments des parties pour chacun de ces deux types de produits l'un après l'autre.

#### 7.1.5.3.4 Biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja

##### 7.1.5.3.4.1 Produits similaires

7.1023. Le Groupe spécial reconnaît que les obligations de non–discrimination énoncées aux articles I:1, III:4 et 2.1 ont des champs différents et que les éléments des critères juridiques ne sont pas identiques. Il est également conscient que la notion même de "produits similaires" n'est pas identique dans les différentes dispositions.[1337] Nonobstant ces différences, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont souligné les parallèles importants existant entre ces obligations.[1338] En particulier, l'analyse de la similarité prévue dans chacune de ces dispositions est "essentiellement une détermination sur la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits".[1339] Dans cette optique, et comme pour l'évaluation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont considéré que les quatre critères de similarité énoncés dans le rapport du Groupe de travail des ajustements fiscaux à la frontière étaient un outil analytique utile pour déterminer si des produits étaient similaires au titre de l'article I:1.[1340]

7.1024. Le Groupe spécial note que pour ce qui est de la similarité des biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja, la Malaisie avance essentiellement les mêmes arguments que ceux qu'elle a présentés à l'appui de ses allégations au titre de l'article 2.1 et de l'article III:4.[1341] Compte tenu du chevauchement des arguments présentés par les parties concernant la similarité des biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja, il ne voit rien qui pourrait l'amener, dans les circonstances de la présente affaire, à formuler une conclusion concernant la similarité de ces produits qui serait différente des conclusions déjà formulées au titre des articles 2.1 et III:4. Dans ce contexte, il a constaté que les EMP, les EMC et les EMS, ainsi que l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja, avaient des propriétés et des utilisations finales semblables ou identiques et qu'ils étaient considérés comme hautement substituables par les consommateurs concernés. Par conséquent, sur la base de ces constatations, il conclut qu'aux fins de son analyse au titre de l'article I:1, les biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de colza et de l'huile de soja sont des produits similaires.

##### 7.1.5.3.4.2 Avantages, faveurs, privilèges ou immunités

7.1025. La Malaisie soutient que les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja bénéficient d'un avantage sous forme de possibilités d'accès aux marchés dans les limites de la part maximale de 7%.[1342] Elle soutient en outre qu'un avantage additionnel consiste à exempter les producteurs de biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja de l'obligation de certifier les biocarburants comme présentant un faible risque de CIAS.

7.1026. L'Union européenne conteste qu'un quelconque avantage soit conféré aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja. Elle s'appuie à cet égard sur ses arguments contestant le lien entre la possibilité d'être comptabilisé aux fins de la réalisation de ses objectifs en matière d'énergies renouvelables et la demande de biocarburants.[1343] Elle fait valoir en outre que les mesures en cause ne font pas de distinction entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé de Malaisie et celui qui est importé de tout autre pays.[1344]

---

[1337] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.81 et 5.82; et *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.277.

[1338] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.82; et *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.278.

[1339] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

[1340] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101.

[1341] S'agissant des biocarburants, voir Malaisie, première communication écrite, paragraphe 908.

[1342] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 899.

[1343] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1135; deuxième communication écrite, paragraphes 226, 228 et 229.

[1344] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1135; deuxième communication écrite, paragraphe 227.

7.1027. Le Groupe spécial note que les arguments des parties concernant l'existence d'un avantage aux fins de l'article I:1 se concentrent essentiellement sur une question qu'il a déjà traitée dans plusieurs sections précédentes, à savoir le lien entre la possibilité d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables et la demande de biocarburants. Selon l'Union européenne, la Malaisie n'a pas démontré qu'un tel lien existait ou était suffisamment étroit pour conférer un avantage aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja.

7.1028. Le Groupe spécial observe que le terme "avantage" a été interprété d'une manière large et couvre les situations qui créent des possibilités de concurrence plus favorables ou qui affectent la relation commerciale entre des produits originaires de différents pays.[1345] Des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont considéré que non seulement les mesures qui réglementaient directement l'accès de produits au marché d'un Membre, mais aussi les mesures qui créaient pour les opérateurs économiques des incitations à choisir certains produits importés de préférence à d'autres étaient des mesures conférant un avantage.[1346]

7.1029. Le Groupe spécial a constaté que la demande de biocarburants avait pour principal moteur les objectifs de consommation d'énergies renouvelables et les obligations de mélange de l'UE. Il a également constaté que le fait de limiter ou d'exclure la possibilité qu'un biocarburant soit comptabilisé aux fins de la réalisation de ces objectifs réduirait ou éliminerait pratiquement la demande de ce biocarburant sur le marché de l'UE.[1347] Dans la mesure où il fait référence non pas à un avantage mais à *tous* avantages, l'article I:1 cherche à protéger ces possibilités de concurrence.[1348]

7.1030. Le Groupe spécial ne partage pas non plus l'avis de l'Union européenne selon lequel, comme la part maximale de 7% n'exige pas des États membres de l'UE qu'ils incluent des biocarburants spécifiques dans le bouquet d'énergies renouvelables, aucun "avantage" n'est conféré aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja.[1349] Il se peut fort bien que des biocarburants produits à partir de matières premières autres que l'huile de colza et l'huile de soja, ou des bioliquides ou d'autres carburants gazeux, soient utilisés pour l'accomplissement de l'objectif de 14% d'énergies renouvelables dans les limites de la part maximale de 7%. Il n'en demeure pas moins que les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja peuvent être utilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables dans une mesure dans laquelle le biocarburant dérivé de l'huile de palme ne peut pas l'être. C'est précisément le type d'"anticipations relatives à l'égalité des possibilités de concurrence" que l'article I:1 cherche à protéger pour les produits importés similaires de tous les Membres.[1350]

7.1031. La Malaisie n'est donc pas tenue de montrer les effets réels de la mesure pour autant qu'elle ait démontré que, sur la base de sa conception et de son fonctionnement, celle–ci créait des possibilités de concurrence favorables pour certains produits similaires importés. Cela dit, il existe des éléments de preuve montrant que les biocarburants produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale représentaient environ 60% de l'énergie renouvelable consommée dans le secteur des transports en 2019.[1351] Il s'agit d'une part appréciable du marché qui offre des possibilités commerciales considérables. L'avantage conféré aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja est donc bien réel et pas seulement "hypothétique", comme l'affirme l'Union européenne.

7.1032. Le Groupe spécial n'est toutefois pas convaincu qu'un avantage additionnel soit conféré aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja parce qu'ils n'ont pas à être soumis à

[1345] Rapport du Groupe spécial *CE – Bananes III (Guatemala et Honduras)*, paragraphe 7.239.

[1346] Rapport du Groupe spécial *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, paragraphe 7.1312. Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Volaille (Chine)*, paragraphe 7.415; *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.341; et *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.1041.

[1347] Voir la section traitant de l'existence d'une incidence préjudiciable de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS dans le contexte de l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.1.

[1348] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 79.

[1349] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1135.

[1350] Rapport du Groupe spécial *Argentine – Peaux et cuirs*, paragraphe 11.20; rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.87.

[1351] Eurostat, Consumption of renewable energy in the transport sector in the EU-27 in 2011-2019 (pièce IDN-13).

la procédure de certification relative au faible risque de CIAS.[1352] Comme il est noté plus haut[1353], il apparaît que l'avantage indiqué par la Malaisie est un corollaire du fait que l'huile de colza et l'huile de soja ne sont pas classées en tant que matières premières présentant un risque élevé de CIAS. Par conséquent, tout avantage de ce type ne peut pas être considéré comme additionnel par rapport aux avantages qui découlent de la possibilité d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables dans les limites de la part maximale de 7%.

#### 7.1.5.3.4.3 Immédiatement et sans condition, étendu

7.1033. La Malaisie fait valoir que l'avantage découlant de la possibilité d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables n'est pas étendu au biocarburant dérivé de l'huile de palme.[1354] Elle mentionne à cet égard les arguments concernant la conception et le fonctionnement de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et en particulier les conséquences commerciales de l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme des objectifs en matière d'énergies renouvelables.[1355]

7.1034. L'Union européenne soutient que l'article I:1 n'empêche pas les Membres de l'OMC d'attacher des conditions à l'octroi d'un avantage.[1356] Elle explique qu'en l'espèce la condition attachée à l'avantage se rapporte à l'ensemble des émissions de GES qui sont associées à la production de biocarburant. Selon elle, ceux–ci sont différents pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme d'une part et pour le biocarburant dérivé de l'huile de colza et de l'huile de soja d'autre part.[1357]

7.1035. Dans les sections précédentes, le Groupe spécial a constaté que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS limitait et en fin de compte éliminait la possibilité pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme d'être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de consommation d'énergies renouvelables.[1358] Il a en outre constaté qu'il y avait très peu ou pas de demande pour des biocarburants ne pouvant pas être comptabilisés aux fins de la réalisation de ces objectifs sur le marché européen des biocarburants. Il a conclu sur cette base que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS affectait les possibilités de concurrence du biocarburant dérivé de l'huile de palme sur le marché européen des biocarburants. Il s'ensuit que, comme le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé de Malaisie est soumis à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, il ne peut pas bénéficier des mêmes possibilités de marché que les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja importés d'autres pays.

7.1036. Comme l'a fait valoir l'Union européenne, il est vrai que l'article I:1 n'empêche pas d'attacher certaines conditions à l'octroi d'un avantage.[1359] Le Groupe spécial note cependant que l'article I:1 "prohibe les conditions qui ont une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires en provenance de tout Membre".[1360] Dans les sections précédentes, il a indiqué que la classification d'une matière première pour biocarburants comme présentant un risque élevé de CIAS, ainsi que l'application de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS qui en résultait, était l'élément qui produisait une incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme. C'est précisément le type de condition qui, lorsqu'elle est attachée à un avantage, peut avoir une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires en provenance d'un ou de plusieurs Membres.

7.1037. Le Groupe spécial note que l'Union européenne ajoute que l'article I:1 n'exige pas que les Membres de l'OMC étendent un avantage qui est soumis à certaines conditions à tous les Membres

[1352] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 900.
[1353] Voir plus haut les paragraphes 7.1000 et 7.1001.
[1354] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 919.
[1355] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 919.
[1356] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1137.
[1357] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1137 et 1138; réponse à la question n° 74 du Groupe spécial, paragraphes 435 et 436.
[1358] Voir les sections traitant de l'existence d'une incidence préjudiciable de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS dans le contexte des allégations de la Malaisie au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994.
[1359] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.88.
[1360] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.88.

dans les cas où leurs produits ne remplissent pas les conditions spécifiées.[1361] Par conséquent, selon elle, elle n'est pas tenue d'étendre un "avantage" à des produits qui ne remplissent pas les conditions imposées pour refléter ses objectifs de politique générale. En l'espèce, le Groupe spécial observe que, contrairement à celui de l'article 2.1 et conformément à celui de l'article III:4, le critère juridique énoncé à l'article I:1 ne comporte aucun examen de la question de savoir si l'incidence préjudiciable d'une mesure sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires découle d'une distinction réglementaire légitime.[1362] Il est plus approprié de faire cette analyse au titre de l'article XX, que l'Union européenne a invoqué dans le présent différend.

#### 7.1.5.3.5 Matières premières pour biocarburants

7.1038. Pour les raisons exposées plus haut dans le contexte de l'allégation au titre de l'article III:4, le Groupe spécial ne juge pas nécessaire de formuler des constatations additionnelles sur le traitement de l'huile de palme (par opposition au biocarburant dérivé de l'huile de palme) pour arriver à une solution positive du présent différend ou pour aider l'ORD à statuer et à faire des recommandations ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.

#### 7.1.5.3.6 Conclusion concernant l'article I:1

7.1039. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe spécial conclut que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 parce qu'elle n'accorde pas au biocarburant dérivé de l'huile de palme en provenance de Malaisie un avantage qui est accordé aux produits similaires importés de pays tiers.

7.1040. Dans la mesure où la Malaisie conteste la procédure de certification relative au faible risque de CIAS en tant que mesure distincte au titre de l'article I:1 du GATT de 1994, elle n'a pas établi que cette procédure était incompatible avec cette obligation.

### 7.1.5.4 Article X:3 a) – Application raisonnable et impartiale

#### 7.1.5.4.1 Introduction

7.1041. Le Groupe spécial passe à présent à l'allégation au titre de l'article X:3 a) du GATT de 1994.

7.1042. La Malaisie estime[1363] que l'Union européenne viole l'article X:3 a) car la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est fondée sur le concept de risque élevé de CIAS et l'applique, concept pour lequel le soutien scientifique est insuffisant et qui ne peut pas être observé ni mesuré directement, ni établi d'une autre manière[1364], et ne peut donc pas être appliqué ou mis en œuvre d'une manière impartiale ou raisonnable. En ce qui concerne la certification relative au faible risque de CIAS, la Malaisie estime que les articles 4 à 6 du Règlement délégué reposent sur des concepts définis de manière vague sans prévoir les éléments nécessaires permettant d'obtenir la certification. La Malaisie explique que, parce que l'Union européenne n'a pas adopté de législation de mise en œuvre prévoyant des règles détaillées qui permettraient de certifier les produits comme présentant un faible risque de CIAS, aucune certification n'a pu avoir lieu, ce qui équivaut à une application déraisonnable.[1365]

7.1043. L'Union européenne estime[1366] que l'allégation au titre de l'article X:3 a) n'entre pas dans le champ de l'article X:3 a) parce que le Règlement délégué n'applique pas la Directive RED II mais crée des règles de fond. Plus spécifiquement, elle fait valoir que les critères relatifs au risque élevé de CIAS et les critères relatifs au faible risque de CIAS sont des questions de fond qui ne se rapportent pas au fait d'appliquer la Directive RED II ou de lui donner concrètement effet, et que, en tout état de cause, les critères relatifs au faible risque de CIAS prévus dans le Règlement délégué

[1361] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1137.
[1362] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.90.
[1363] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 959 à 971; deuxième communication écrite, paragraphes 343 à 348; et réponses aux questions du Groupe spécial, pages 116 à 120.
[1364] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 969 et 1216.
[1365] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 970 et 1216.
[1366] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1211 à 1235; deuxième communication écrite, paragraphes 254 à 256; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 872 à 892.

fournissent des éléments suffisants pour la certification et que, bien que des règlements d'exécution n'aient pas encore été adoptés[1367], ceux–ci ne sont pas indispensables pour procéder à la certification.

#### 7.1.5.4.2 Critère juridique

7.1044. L'article X est intitulé "Publication et application des règlements relatifs au commerce". L'article X:3 a) énonce l'obligation suivante:

> Chaque Membre appliquera d'une manière uniforme, impartiale et raisonnable, tous les règlements, lois, décisions judiciaires et administratives visés au paragraphe premier du présent article.

7.1045. L'article X:3 a) a été interprété et appliqué dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures. Bien que les arguments des parties reflètent leurs vues divergentes sur la manière dont les constatations établies dans des affaires antérieures sont pertinentes pour les faits en l'espèce, il apparaît qu'il n'y a pas de désaccord fondamental entre les parties sur les éléments de ce critère, tels que décrits ci–après.

7.1046. Pour établir une violation de l'article X:3 a), le plaignant est tenu de prouver que la mesure en cause:

a. applique un instrument juridique du type visé à l'article X:1 du GATT de 1994, c'est–à–dire lui donne effet; et

b. d'une manière qui n'est pas uniforme, impartiale et raisonnable.

7.1047. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article X:3 a) selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.5.4.3 Appliquer un instrument juridique du type visé à l'article X:1 ou lui donner effet

7.1048. Premièrement, le Groupe spécial examine si les mesures en cause appliquent un instrument juridique du type visé à l'article X:1 ou lui donnent effet. Les instruments visés à l'article X:1 comprennent

> [l]es lois, règlements, décisions judiciaires et administratives d'application générale rendus exécutoires par toute partie contractante qui visent la classification ou l'évaluation de produits à des fins douanières, les taux des droits de douane, taxes et autres impositions, ou les prescriptions, restrictions ou prohibitions relatives à l'importation ou à l'exportation, ou au transfert de paiements les concernant, ou qui touchent la vente, la distribution, le transport, l'assurance, l'entreposage, l'inspection, l'exposition, la transformation, le mélange ou toute autre utilisation de ces produits.

7.1049. L'allégation de la Malaisie concerne le fait d'appliquer la Directive RED II ou de lui donner effet au moyen de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, ainsi que des critères et de la procédure relatifs au faible risque de CIAS. Le Groupe spécial a constaté plus haut que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS, qui figurent dans la Directive RED II, sont des lois qui affectent la vente ou la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de biocarburants dérivés de l'huile de palme et entrent dans le champ de l'article III:4. Conformément à cette constatation, il considère que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS et les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS entrent dans le champ de l'article X:1. En outre, il note que les parties ne contestent pas que le fait d'appliquer la Directive RED II ou de lui donner effet entrerait dans le champ de l'article X:3 a).

[1367] Le Groupe spécial note que le règlement d'exécution a été adopté en juin 2022.

En revanche, l'Union européenne affirme que le Règlement délégué, que la Malaisie conteste, n'applique pas la Directive RED II.

7.1050. Deuxièmement, le Groupe spécial examine si les mesures en cause "appliquent" la Directive RED II ou lui "donnent effet".

7.1051. La Malaisie fait valoir que le Règlement délégué applique la Directive RED II au moyen des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS, et au moyen de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS de par son utilisation du concept de CIAS. Elle se réfère à l'application au moyen de "concepts définis de manière vague" et sans "règles détaillées" qui permettraient à la certification conformément aux articles 4 à 6 du Règlement délégué d'avoir lieu, et à l'application au moyen du "concept de CIAS".[1368] La Malaisie fait allusion à certains règlements d'exécution qui, sur la base des dispositions de la Directive RED II et du Règlement délégué, doivent fournir ces détails manquants.

7.1052. L'Union européenne fait valoir que le Règlement délégué, en particulier les critères relatifs au risque élevé de CIAS et les critères relatifs au faible risque de CIAS, concerne des questions de fond.[1369] Elle fait également valoir que le Règlement délégué explique les critères et fournit des éléments suffisants pour la certification relative au faible risque de CIAS[1370] et que, si les règlements d'exécution "prévus" fourniront des renseignements supplémentaires, ils ne sont pas indispensables pour la certification et les critères relatifs au faible risque de CIAS figurant dans le Règlement délégué sont suffisamment détaillés pour que les États membres de l'UE (et les systèmes volontaires) procèdent à la certification.[1371]

7.1053. Le Groupe spécial rappelle que l'article X:3 a) concerne l'*application* des règlements, lois, décisions judiciaires et administratives visés à l'article X:1 et auxquels il est fait allusion dans le titre de l'article X. L'Organe d'appel a interprété l'application comme désignant le fait de "donner concrètement effet", par exemple à un instrument juridique, ou de "[l']appliquer", par opposition à la "teneur substantielle" de ces règlements, lois, décisions judiciaires et administratives.[1372] La jurisprudence donne quelques exemples utiles de ce qui peut être considéré comme une "application": i) "un instrument juridique qui régit l'application ou la mise en œuvre" d'un autre instrument[1373]; ii) "toute définition, directive ou norme" (par exemple en ce qui concerne le terme "capacité opérationnelle")[1374]; et iii) "donner des indications sur le sens de prescriptions spécifiques d'une mesure".[1375] La question est donc de savoir si les éléments pertinents du Règlement délégué constituent une application de la Directive RED II ou s'ils créent des règles de fond.[1376]

7.1054. En ce qui concerne les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS, le Groupe spécial note que l'allégation de la Malaisie ne porte pas sur les dispositions de fond du Règlement délégué lui–même. Cette allégation repose plutôt sur le fait que pour la certification relative au faible risque de CIAS telle qu'elle est énoncée aux articles 4 à 6 du Règlement délégué, il manque des règles détaillées (dont l'Union européenne admet qu'elles seront fixées ultérieurement dans certains règlements d'exécution) qui sont nécessaires pour donner effet à certains éléments des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS. Le Groupe spécial

[1368] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 970; réponse aux questions du Groupe spécial, pages 117 et 118.

[1369] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1234; deuxième communication écrite, paragraphe 254; et réponse aux questions du Groupe spécial, paragraphes 872 à 876. Voir aussi Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1218 à 1235.

[1370] L'Union européenne note que le Règlement délégué définit les termes nécessaires, qui sont "cultures oléagineuses", "terres inexploitées", "terres abandonnées", "terres sévèrement dégradées", "mesure d'additionnalité" et "matières premières supplémentaires". (Union européenne, réponse aux questions du Groupe spécial, paragraphes 883 à 892)

[1371] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1240 et 1241; deuxième communication écrite, paragraphe 256.

[1372] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 200; et *CE – Volailles*, paragraphe 115.

[1373] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 200.

[1374] Rapports du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphes 7.745 et 7.746.

[1375] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.830, 7.833 et 7.840. Dans l'affaire *États-Unis – EPO*, le Groupe spécial a constaté que l'USDA "[avait] donné concrètement effet" à la mesure EPO en donnant des indications sur les prescriptions en matière d'étiquetage, de sorte que les lignes directrices de l'USDA constituaient un acte d'application de la mesure EPO. (*Ibid.*)

[1376] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Argentine – Peaux et cuirs*, paragraphes 11.71 et 11.72.

note que la certification relative au faible risque de CIAS, telle qu'elle est énoncée aux articles 4 à 6 du Règlement délégué, a, quant à elle, pour but de donner effet à l'exemption de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS énoncée à l'article 26.2 de la Directive RED II.

7.1055. Le Groupe spécial rappelle que, alors que dans des affaires antérieures, les critères/prescriptions juridiques eux–mêmes semblent avoir été généralement considérés comme étant de nature "substantielle", l'absence de définitions ou d'indications sur le sens de ces critères/prescriptions ou les moyens d'y satisfaire a été considérée comme étant de nature administrative. Dans la mesure où l'Union européenne n'a pas pris de mesures en temps voulu pour rendre opérationnels les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS énoncés aux articles 4 à 6 du Règlement délégué et leur donner effet d'une manière nécessaire pour l'obtention de la certification requise, cette absence de règles détaillées (par exemple, devant figurer dans les règlements d'exécution) se rapporte à l'application qui, d'après les allégations, est déficiente de la Directive RED II, et non aux critères énoncés dans le Règlement délégué eux–mêmes.

7.1056. En ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, les dispositions pertinentes sont de nature substantielle. Comme le Groupe spécial l'a constaté plus haut, elles imposent un plafond sur certains biocarburants et l'élimination progressive de ceux-ci sur la base de l'application des critères relatifs au risque élevé de CIAS. Le concept de CIAS est en outre un concept analytique substantiel qui sous-tend cette mesure et ses dispositions. Il en est ainsi nonobstant le fait que toutes lignes directrices ou autres définitions concernant les CIAS ou la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS pourraient être séparément considérées comme étant de nature administrative, mais les parties ne s'expriment pas là-dessus.[1377] Pour cette raison, le Groupe spécial considère que l'allégation de la Malaisie concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS n'entre pas dans le champ de l'article X:3 a).

#### 7.1.5.4.4 Manière d'appliquer

7.1057. Le mot "reasonable" (raisonnable) a été interprété dans le contexte de l'article X:3 a) dans son sens ordinaire, c'est–à–dire comme signifiant "in accordance with reason" (conforme à la raison), "not irrational or absurd" (qui n'est pas irrationnel ou absurde), "proportionate" (proportionné), "sensible" (avisé), "within the limits of reason, not greatly less or more than might be thought likely or appropriate" (dans les limites de la raison, pas beaucoup moins ou pas beaucoup plus que ce qui pourrait être considéré comme probable ou approprié). La question de savoir si un acte d'application peut être considéré comme raisonnable au sens de l'article X:3 a) suppose l'examen des circonstances factuelles propres à chaque affaire, comme les caractéristiques de l'acte administratif en question en fonction de son objectif, de sa cause ou de sa raison d'être.[1378]

7.1058. Des groupes spéciaux antérieurs ont constaté que l'imposition d'une prescription juridique dont il est impossible de garantir le respect (par exemple en raison de l'incertitude générée par des prescriptions juridiques) équivalait à une application déraisonnable, incompatible avec l'article X:3 a). Dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes (Philippines) (article 21:5 – Philippines)*, le Groupe spécial a constaté que l'imposition aux importateurs de cigarettes d'une prescription de notification de la TVA dont les négociants individuels ne pouvaient pas garantir le respect (parce qu'ils n'avaient pas accès aux taux quotidiens qui devaient être notifiés) constituait une application déraisonnable du Code des impôts thaïlandais.[1379] Dans l'affaire *Chine – Matières premières*, le Groupe spécial a constaté que "l'absence de toute définition, directive ou norme quant à la manière dont les 32 départements locaux chargés du commerce extérieur devraient appliquer le critère potentiellement crucial de la capacité opérationnelle constitu[ait] un élément de preuve pertinent permettant d'établir l'administration déraisonnable du critère de la capacité opérationnelle; l'absence de toute définition, directive ou norme présent[ait] un risque très réel que ce critère soit administré différemment selon le département local qui traiter[ait] la demande de contingent.[1380] Dans l'affaire *États-Unis – EPO*, le Groupe spécial a constaté qu'une lettre adressée par le Secrétaire à l'agriculture aux représentants de la branche de production (la "lettre Vilsack") concernant une nouvelle règle régissant les prescriptions en matière d'étiquetage avait entraîné une application "déraisonnable" à

[1377] Voir, par exemple, Malaisie, première communication écrite, paragraphe 968.
[1378] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.850 et 7.851; et *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphes 7.919 et 7.951.
[1379] Rapport du Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes (Philippines) (article 21:5 – Philippines)*, paragraphe 7.923.
[1380] Rapports du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphe 7.745.

cause d'une contradiction apparente entre la lettre et la règle. Ce groupe spécial a dit que la lettre Vilsack "[avait] créé des incertitudes pour la branche de production quant à la manière de se conformer aux prescriptions spécifiques en matière d'étiquetage" figurant dans la "règle finale de 2009" et, sur cette base, il a constaté l'existence d'une violation de la prescription relative à l'application "raisonnable".[1381]

7.1059. Dans le présent différend, la Malaisie fait valoir que, sans le Règlement d'exécution (qui n'a été adopté qu'en juin 2022), il était impossible de concevoir des systèmes de certification ou d'engager par ailleurs un processus de certification relative au faible risque de CIAS à la date d'entrée en vigueur du Règlement délégué" (10 juin 2019) et d'ici à la "date à laquelle les États membres [devaient] avoir pleinement mis en œuvre l'article 26 de la Directive RED II" (30 juin 2021).[1382] En d'autres termes, le Groupe spécial comprend que la Malaisie met en avant l'incertitude entourant le fonctionnement d'un système de certification qui rend ce système inutilisable. L'absence de certains règlements d'exécution nécessaires pour donner effet à certains éléments du Règlement délégué (à savoir, les critères et la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS) et, par implication, à l'article 26.2 de la Directive RED II, est une situation qui correspond parfaitement au type de situation dont il a été constaté qu'elle constituait une violation de l'article X:3 a) dans les différends antérieurs susmentionnés.

7.1060. Le principal argument présenté par l'Union européenne à titre de réfutation est que des règlements d'exécution (ou d'autres règles détaillées) ne sont pas "indispensables" au fonctionnement de la certification relative au faible risque de CIAS, de sorte qu'il n'y a pas de violation de l'article X:3 a). Pour en attester, l'Union européenne indique un certain nombre de systèmes volontaires qui ont été reconnus au début de 2022, avant l'adoption du Règlement d'exécution. Le Groupe spécial observe toutefois que, comme nous l'avons vu dans le contexte des allégations au titre de l'article 5 de l'Accord OTC, certains de ces systèmes volontaires ne concernent pas les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, et aucun ne concerne les biocarburants présentant un risque élevé de CIAS. En particulier, l'Union européenne n'a mis en évidence aucun exemple de biocarburant dérivé de l'huile de palme (le seul biocarburant actuellement considéré comme étant fabriqué à partir d'une matière première présentant un risque élevé de CIAS) qui ait été certifié comme présentant un faible risque de CIAS. En outre, les décisions de la Commission européenne reconnaissant des systèmes de certification avant l'adoption de tous règlements d'exécution indiquent expressément que ces décisions seront révisées après l'adoption du Règlement d'exécution. Il existe aussi des éléments de preuve concernant le lancement et les résultats de projets pilotes visant à (mettre à l'essai et, en fin de compte, réviser) certains aspects de la certification relative au faible risque de CIAS.

7.1061. Le Groupe spécial considère donc que l'existence de systèmes volontaires à partir d'avril 2022 indique seulement qu'une sorte de certification aurait peut–être été possible à partir de cette date, mais qu'elle aurait été susceptible de révision lorsque de nouvelles règles d'exécution auraient été introduites. En outre, on ne voit pas très bien comment ces systèmes pouvaient fonctionner si certains des critères de fond permettant de déterminer si une culture peut être considérée comme présentant un faible risque de CIAS n'étaient pas totalement établis.

7.1062. Sur cette base, le Groupe spécial conclut que, du fait i) de l'introduction d'une prescription concernant la certification relative au faible risque de CIAS (c'est–à–dire les critères et la procédure) en même temps que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS à la mi–2019, que tous les États membres de l'UE devaient transposer au plus tard à la mi–2021, et ii) de la publication des règles détaillées promises permettant de rendre opérationnelle cette prescription seulement à la mi–2022, de sorte que son utilisation était impossible[1383] en raison de l'incertitude liée à ses critères et processus, il y a violation de l'article X:3 a).

[1381] Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphes 7.833 à 7.840.

[1382] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 970; réponse aux questions du Groupe spécial, pages 119 et 120.

[1383] La Malaisie n'a présenté aucun argument sur la compatibilité quant au fond de ces règles détaillées avec l'Accord OTC ou le GATT de 1994. En l'absence de tels arguments et compte tenu du fait que la mesure n'existait pas au moment de l'établissement du Groupe spécial, aucune des constatations formulées par ce dernier dans le présent rapport ne devrait être interprétée comme impliquant un quelconque avis sur la compatibilité quant au fond de ces règles détaillées avec les obligations de l'Union européenne au titre de l'Accord OTC, ou avec les obligations de l'Union européenne au titre du GATT de 1994.

7.1063. La Malaisie fait valoir en outre que l'Union européenne viole l'article X:3 a) car la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est fondée sur le concept de CIAS et l'applique, concept pour lequel le soutien scientifique est insuffisant et qui ne peut pas être observé ni mesuré directement, ni établi d'une autre manière. La Malaisie indique simplement que, parce qu'il n'y a pas de fondement scientifique suffisant pour les CIAS, ce concept ne peut pas être appliqué d'une manière impartiale ou raisonnable.[1384]

7.1064. Le Groupe spécial considère que cet argument se rapporte clairement au "fond", et non à l'"application", de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS établie à l'article 26 2) de la Directive RED II. En tout état de cause, ses conclusions sur les mêmes arguments avancés dans le contexte de l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC servent de base au rejet du même argument répété ici en ce qui concerne l'application "impartiale" ou "déraisonnable".

#### 7.1.5.4.5 Conclusion concernant l'article X:3 a)

7.1065. Le Groupe spécial conclut que l'Union européenne a agi d'une manière incompatible avec l'article X:3 a) du GATT de 1994 en appliquant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS prévue à l'article 26 de la Directive RED II d'une manière qui n'était pas raisonnable, dans la mesure où les lacunes dans la conception et la mise en œuvre des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS ne fournissaient pas les éléments nécessaires pour que le biocarburant dérivé de l'huile de palme soit certifié comme présentant un faible risque de CIAS.

### 7.1.5.5 Article XX – Exceptions générales

#### 7.1.5.5.1 Introduction

7.1066. Ayant constaté que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était incompatible avec l'article III:4 et l'article I:1, le Groupe spécial examine maintenant l'invocation des exceptions générales prévues à l'article XX par l'Union européenne.

7.1067. L'Union européenne affirme[1385] que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est justifiée au regard de l'article XX a) ("nécessaires à la protection de la moralité publique"), de l'article XX b) ("nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux") et de l'article XX g) ("se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables").

7.1068. La Malaisie affirme[1386] que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS n'est justifiée au regard d'aucune de ces exceptions.

7.1069. Le Groupe spécial note tout d'abord que les arguments présentés par les parties au titre de l'article XX chevauchent dans une large mesure les arguments qu'elles ont présentés dans le contexte de l'article 2.1 et de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Comme il est indiqué plus en détail plus loin, le Groupe spécial s'appuie sur ses constatations au titre de l'article 2.1 et de l'article 2.2 pour formuler ses constatations au titre de l'article XX.

[1384] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 969; réponse aux questions du Groupe spécial, pages 118 et 119.

[1385] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1243 à 1421; deuxième communication écrite, paragraphes 257 à 281; déclaration liminaire à la réunion du Groupe spécial, paragraphes 22 à 51 et 64 à 121; réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 893 à 974; et observations sur les réponses de la Malaisie à la deuxième série de questions du Groupe spécial, paragraphes 313 à 315.

[1386] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 29 à 55, 81 à 104, 187 à 209, et 210 à 239; déclaration liminaire à la réunion du Groupe spécial, paragraphes 30 à 34 et 55; réponses aux questions du Groupe spécial, pages 120 à 123; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions du Groupe spécial, pages 292 à 313.

#### 7.1.5.5.2 Critère juridique

7.1070. L'article XX est intitulé "Exceptions générales". L'article XX a), b) et g), lu conjointement avec la clause introductive (ou le "texte introductif"), 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 tout Membre des mesures:
>
> a) nécessaires à la protection de la moralité publique;
>
> b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
>
> …
>
> g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales.

7.1071. L'article XX autorise donc les Membres à justifier des mesures qui seraient normalement incompatibles avec le GATT de 1994. Il énonce un double critère: i) la mesure doit relever de l'une des exceptions indiquées à l'article XX, comme celle prévue à l'article XX b) (elle est alors provisoirement justifiée); et ii) la mesure doit être appliquée d'une manière qui satisfait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.[1387]

7.1072. L'article XX a), b) et g) a été interprété et appliqué dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives des critères juridiques applicables en faisant référence à des affaires antérieures.

7.1073. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments des critères juridiques énoncés à l'article XX a), b) et g), selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.1.5.5.3 Article XX g) – se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables

7.1074. Dans le contexte de l'examen de la compatibilité de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial a conclu que l'objectif de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était la limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures, et a constaté qu'il s'agissait d'un "objectif légitime" au sens de l'article 2.2. Pour arriver à cette conclusion, le Groupe spécial a rappelé le point de vue de l'Organe d'appel selon lequel "les objectifs reconnus dans les dispositions d'autres accords visés [pouvaient] fournir des indications pour l'analyse de ce qui pourrait être considéré comme un objectif légitime au regard de l'article 2.2, ou [pouvaient] éclairer cette analyse"[1388], et il a examiné, à cette fin, si l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures entrait dans le champ des exceptions générales prévues à l'article XX g), b) et a).

7.1075. En ce qui concerne l'article XX g), le Groupe spécial a observé que l'article XX g) visait les mesures destinées à "la préservation de l'environnement, en particulier de ressources naturelles"[1389], et que, dans des affaires antérieures, il avait été constaté qu'un large éventail de politiques entraient dans le champ des mesures relatives à la conservation des ressources naturelles épuisables. Le Groupe spécial a en outre rappelé que l'Organe d'appel avait estimé que l'expression

[1387] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25; et *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 139.
[1388] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 313; et *États-Unis – EPO*, paragraphe 370.
[1389] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 355.

"ressources naturelles épuisables" devait être analysée "à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement"[1390] et avait conclu que les "ressources naturelles épuisables" étaient à la fois les ressources naturelles épuisables biologiques et non biologiques.[1391] De plus, il a rappelé que, dans des affaires antérieures, il avait été constaté que des mesures prises pour préserver l'air pur[1392], les tortues marines[1393], le pétrole[1394] et diverses ressources minérales[1395] étaient des mesures se rapportant à la conservation des "ressources naturelles épuisables" au titre de l'article XX g).

7.1076. S'agissant des mesures en cause, le Groupe spécial a rappelé que, comme il était indiqué aux considérants 80 et 81 de la Directive RED II, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS visait à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS qui se produisaient lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants entraînaient le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation humaine et animale, ce qui se traduisait par "une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières, provoquant un surcroît d'émissions de gaz à effet de serre".[1396] Ainsi, la mesure vise à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures qui se produiraient lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants entraînent le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation humaine et animale, nécessitant une extension des terres agricoles vers des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières. Le Groupe spécial a conclu que l'objectif de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS se rapportait donc *prima facie* à la conservation d'une "ressource naturelle épuisable", à savoir les terres présentant un important stock de carbone (forêts, zones humides et tourbières).[1397] Sur cette base, il a dit qu'il était convaincu que l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures relevait *prima facie* de l'objectif de "la conservation des ressources naturelles épuisables" au sens de l'article XX g).

7.1077. Le Groupe spécial a ensuite constaté, à la lumière de ses constatations au titre de l'article 2.4, que les normes ISO mentionnées par la Malaisie n'"exclu[aient] pas la prise en compte des CIAS" dans le contexte des mesures visant à réglementer les émissions de GES. Il a en outre constaté qu'il existait une base raisonnable permettant à l'Union européenne de conclure qu'une augmentation de la demande de biocarburants dérivés de cultures augmentait le risque d'émissions de GES liées aux CIAS et a expliqué que son évaluation de cette question était conforme à l'approche suivie au titre de l'article XX b). Le Groupe spécial a en outre constaté qu'il y avait un lien suffisant entre le Membre qui réglementait et les activités réglementées, et a fondé son analyse de cette question sur des affaires antérieures au titre de l'article 2.2 et de l'article XX.

7.1078. Le Groupe spécial n'a pas spécifiquement traité, dans le contexte de son analyse au titre de l'article 2.2, la question de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était une mesure "se rapportant à" la conservation des ressources naturelles épuisables qui était "appliquée[] conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales". Il va examiner cette question maintenant.

7.1079. Dans le contexte de l'article XX g), l'Organe d'appel a constaté que "pour qu'une mesure "se rapporte à" la conservation au sens de l'article XX g), il devait y avoir "une relation étroite et véritable entre la fin et les moyens" entre cette mesure et l'objectif de conservation du Membre qui la main[tenait]".[1398] Le Groupe spécial note qu'un critère similaire s'applique pour l'évaluation de la question de savoir si une mesure apporte une "contribution" à son objectif au regard du critère de

[1390] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 129.
[1391] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 131.
[1392] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 16.
[1393] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 131.
[1394] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 128.
[1395] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 128; et rapports du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphe 7.369.
[1396] Considérant 80 de la Directive RED II.
[1397] Par ailleurs, outre le fait que les terres présentant un important stock de carbone sont une ressource naturelle épuisable en elles-mêmes et à elles seules, le Groupe spécial a considéré que les mesures prises pour conserver ces terres et éviter ainsi les émissions de GES qui seraient libérées par leur utilisation étaient liées à la conservation d'un large éventail de ressources naturelles épuisables qui étaient menacées par l'augmentation des émissions de GES et les changements climatiques.
[1398] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Matières premières*, paragraphe 355.

la "nécessité" qui s'applique au titre de l'article 2.2 et de l'article XX b). Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel a indiqué 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 [était] de la fin et des moyens".[1399]

7.1080. Dans le contexte de son analyse de la "contribution" au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial a constaté que, comme la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS avait, de par sa conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation dans l'UE des biocarburants dérivés de cultures dont il avait été déterminé qu'ils présentaient un risque élevé de CIAS, la mesure était à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Au cours de son analyse, le Groupe spécial a observé qu'une "contribution" existait "lorsqu'il y [avait] une véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui [était] de la fin et des moyens"[1400], et a indiqué que c'était le cas en l'espèce. En conséquence, il considère que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure "se rapportant à" la conservation des ressources naturelles épuisables, notamment les terres présentant un important stock de carbone (forêts, zones humides et tourbières).

7.1081. Le Groupe spécial considère que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est "appliquée[] conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales". La mesure satisfait clairement à cette prescription puisque, en elle-même, elle a pour but et comme résultat de restreindre la demande et la consommation dans l'UE de biocarburants dérivés de cultures qui sont classés comme présentant un risque élevé de CIAS conformément à la formule énoncée à l'article 3 du Règlement délégué. En restreignant la demande et la consommation dans l'UE de ces biocarburants, la mesure vise à garantir que la demande dans l'UE n'entraîne pas une augmentation de la production des cultures utilisées pour la production de ces biocarburants. La formule s'applique à tous les biocarburants dérivés de cultures, sans distinction entre les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites dans l'Union européenne et les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites ailleurs. En outre, tous les biocarburants dérivés de cultures sont soumis à la part maximale de 7%, et cette mesure s'applique également à tous les biocarburants dérivés de cultures, sans distinction entre les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites dans l'Union européenne et les biocarburants fabriqués à partir de cultures produites ailleurs.

7.1082. Pour ces raisons, le Groupe spécial conclut que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est provisoirement justifiée en tant que mesure se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables qui est appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales au sens de l'article XX g).

#### 7.1.5.5.4 Article XX b) – nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux

7.1083. Dans le contexte de son évaluation au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial a noté que, dans des affaires antérieures, il avait été constaté qu'un large éventail de politiques entraient dans le champ des mesures prises pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux et préserver les végétaux. Il s'agissait notamment de politiques relatives à la réduction de la pollution de l'air résultant de la consommation d'essence[1401], à la réduction des risques liés à l'accumulation de pneumatiques de rebut[1402], et même à la protection des singes dans leur milieu naturel.[1403]

7.1084. Le Groupe spécial a également noté que l'objectif consistant à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux était mentionné en tant qu'objectif

[1399] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 145. Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.526; *UE – Paquet législatif pour l'énergie*, paragraphe 7.1360; *Colombie – Textiles*, paragraphe 7.315; et *Inde – Cellules solaires*, paragraphe 7.361.
[1400] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 210.
[1401] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.21.
[1402] Rapports du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphe 7.479 (faisant référence aux rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.21, et *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.108 et 7.115).
[1403] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.108 et 7.115.

légitime dans des termes semblables, voire identiques, à l'article XX b)[1404], à l'article 2.2[1405] et dans le préambule de l'Accord OTC.[1406] Il a rappelé que des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel avaient indiqué qu'"il y [avait] peu d'intérêts plus "vitaux" et "importants" que la protection des êtres humains contre les risques pour la santé, et que la protection de l'environnement n'[était] pas moins importante".[1407]

7.1085. Le Groupe spécial a ensuite rappelé que, comme il était indiqué aux considérants 80 et 81 de la Directive RED II, la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS avait pour objectif de limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Il a rappelé que dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, l'Organe d'appel avait indiqué que les "mesures adoptées en vue d'atténuer le réchauffement de la planète et le changement du climat" relèveraient de l'article XX b) lorsqu'il avait donné des indications sur la manière dont les groupes spéciaux devraient évaluer certains "problèmes complexes liés à la santé publique ou à l'environnement" au regard du critère de nécessité figurant à l'article XX b).[1408] Le Groupe spécial a en outre rappelé que le Groupe spécial *Brésil – Taxation* avait constaté que "la réduction des émissions de $CO_2$ était l'une des politiques visées par l'alinéa b) de l'article XX, étant donné qu'elle [pouvait] relever de la catégorie des politiques qui prot[égeaient] la santé et la vie des personnes".[1409] Le Groupe spécial a indiqué qu'il ne voyait aucune raison de ne pas être d'accord, étant donné que le réchauffement de la planète et les changements climatiques constituaient l'une des plus grandes menaces pour la vie et la santé sur la planète. Sur cette base, le Groupe spécial a indiqué que l'objectif qui consistait à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures se rapportait donc *prima facie* à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, ou à la préservation des végétaux.

7.1086. Le Groupe spécial a ensuite constaté, à la lumière de ses constatations au titre de l'article 2.4, que les normes ISO mentionnées par la Malaisie n'"exclu[aient] pas la prise en compte des CIAS" dans le contexte des mesures visant à réglementer les émissions de GES. Il a en outre constaté qu'il existait une base raisonnable permettant à l'Union européenne de conclure qu'une augmentation de la demande de biocarburants dérivés de cultures augmentait le risque d'émissions de GES liées aux CIAS. En ce qui concerne cette constatation, le Groupe spécial a spécifiquement lié son approche au critère juridique au titre de l'article XX b) et a rappelé que, pour évaluer si une mesure était prise pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux au titre de l'article XX b), des groupes spéciaux antérieurs avaient souvent commencé leur analyse en déterminant l'existence du risque pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux (le risque sanitaire) que la mesure contestée visait à réduire.[1410] Le Groupe spécial a en outre constaté qu'il y avait un lien suffisant entre le Membre qui réglementait et les activités réglementées, et a fondé son analyse de cette question sur des affaires antérieures au titre de l'article 2.2 et de l'article XX.

---

[1404] L'article XX b) fait référence aux mesures "nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux".

[1405] L'article 2.2 fait référence à la "protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, [et à] la préservation des végétaux".

[1406] Le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC fait référence à "la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, [et] à la préservation des végétaux".

[1407] Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.108. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 179.

[1408] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.

[1409] Rapports du Groupe spécial *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.880.

[1410] Rapports des Groupes spéciaux *CE – Amiante*, paragraphe 8.170; *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 7.42; *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.156; *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.859; et *Indonésie – Poulet*, paragraphe 7.209. Par exemple, dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a déterminé, lors de la première étape de son analyse, si l'amiante chrysotile présentait un risque pour la santé et la vie des personnes. (Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.170, 8.182 et 8.185 à 8.194) Dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, le Groupe spécial a évalué si l'accumulation de pneumatiques de rebut présentait des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux. (Rapport du Groupe spécial *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 7.42 et 7.53 à 7.93) Dans l'affaire *Chine – Terres rares*, le Groupe spécial a constaté que l'extraction et la production de terres rares, de tungstène et de molybdène avaient causé de graves dommages à l'environnement ainsi qu'à la santé et à la vie des personnes et des animaux et à la situation phytosanitaire en Chine. (Rapports du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphes 7.149 à 7.156) Dans d'autres affaires, y compris celles dans lesquelles il n'y avait pas de controverse quant à l'existence des risques que, selon les allégations, la mesure visait à traiter, des groupes spéciaux antérieurs ont traité cette étape de l'analyse succinctement. (Voir les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.21; et *CE – Préférences tarifaires*, paragraphes 7.180 et 7.200.)

7.1087. Dans le contexte de son évaluation au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial a ensuite évalué la nécessité de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sur la base du critère juridique et du cadre analytique qui s'applique également au titre de l'article XX b). Il a conclu à titre préliminaire que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était nécessaire pour réaliser l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures, au motif qu'elle était à même d'apporter une contribution importante à l'accomplissement de cet objectif, et qu'il s'agissait du critère approprié à appliquer après le soupesage et la mise en balance de son caractère restrictif pour le commerce et des risques que la non–réalisation de l'objectif entraînerait. Le Groupe spécial a donc constaté qu'aucune des mesures de rechange présentées par la Malaisie ne démontrait que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Sur cette base, le Groupe spécial a constaté que la Malaisie n'avait pas établi que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 2.2 de l'Accord OTC de faire en sorte que les règlements techniques ne soient pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser un objectif légitime.

7.1088. L'évaluation faite par le Groupe spécial au titre de l'article 2.2 s'applique *mutatis mutandis* à l'article XX b). En conséquence, le Groupe spécial conclut que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est provisoirement justifiée en tant que mesure nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux au sens de l'article XX b).

#### 7.1.5.5.5 Article XX a) – nécessaires à la protection de la moralité publique

7.1089. Dans le contexte de son évaluation au titre de l'article 2.2, le Groupe spécial a expliqué que, pour les raisons déjà exposées dans le contexte de son identification de l'objectif des mesures en cause, il n'était pas convaincu qu'il soit nécessaire de rendre une décision additionnelle sur la question de savoir si l'objectif consistant à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures relèverait de l'objectif de protection de la "moralité publique" de l'UE.

7.1090. À cet égard, le Groupe spécial fait observer qu'une constatation sur le point de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est en outre justifiée au regard de l'article XX a) n'aurait pas d'incidence sur l'issue de la procédure. S'il devait convenir avec l'Union européenne que la même mesure provisoirement justifiée au regard de l'article XX b) et g) est également provisoirement justifiée au regard de l'article XX a), cela servirait simplement à établir un fondement additionnel pour la conclusion générale selon laquelle la mesure est provisoirement justifiée au regard de l'article XX. S'il devait convenir avec la Malaisie que la mesure n'est pas justifiée au regard de l'article XX a), cela ne modifierait pas la conclusion selon laquelle la mesure est provisoirement justifiée au regard de l'article XX b) et g).

7.1091. Le Groupe spécial ne voit aucune raison de suivre une approche différente dans le contexte de l'article XX. Il constate donc qu'il n'est pas nécessaire qu'il se prononce sur la question de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure nécessaire à la protection de la moralité publique au titre de l'article XX a).

#### 7.1.5.5.6 Texte introductif – discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent

7.1092. Ayant conclu que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était provisoirement justifiée au regard de l'article XX g) et de l'article XX b), le Groupe spécial examine maintenant le texte introductif de l'article XX. Pour les raisons exposées ci–après, il considère que, dans les circonstances particulières de l'espèce, ses constatations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC concernant l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" de l'analyse sont également pertinentes pour l'analyse au titre du texte introductif de l'article XX et applicables à cette analyse.

7.1093. L'Organe d'appel a fait observer qu'"il exist[ait] des parallèles importants"[1411] entre les analyses au titre de l'article 2.1 et au titre du texte introductif de l'article XX. En particulier, il a noté que les concepts de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" et de "restriction déguisée au commerce" figuraient aussi bien dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 que dans le sixième considérant du préambule de l'Accord OTC, dont l'Organe d'appel avait reconnu qu'il fournissait un contexte pertinent pour l'article 2.1.[1412]

7.1094. En outre, l'Organe d'appel a expliqué qu'"une distinction réglementaire qui [était] conçue ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable" ne pouvait pas être considérée comme "légitime", et que "toute incidence préjudiciable découlant d'une telle distinction" dénoterait donc une discrimination prohibée en vertu de l'article 2.1.[1413] En d'autres termes, pour évaluer si une quelconque incidence préjudiciable sur les importations découle ou non d'une "distinction réglementaire légitime" au titre de l'article 2.1, un groupe spécial peut être guidé par le même critère effectivement que celui qui s'applique au titre du texte introductif de l'article XX, c'est–à–dire le point de savoir si la mesure est conçue ou appliquée "de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable".

7.1095. Le Groupe spécial comprend que l'évaluation de la question de savoir si une quelconque incidence préjudiciable sur les importations au titre de l'article 2.1 découle exclusivement d'une "distinction réglementaire légitime" ne résoudra pas nécessairement, ni automatiquement, la question de savoir si la mesure en cause est appliquée conformément aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Il est également conscient que lorsqu'un groupe spécial cherche à utiliser les constatations qu'il a formulées lors de l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" de l'analyse au titre de l'article 2.1 comme fondement de ses constatations au titre du texte introductif de l'article XX, il lui incombe de donner une explication adéquate de la raison pour laquelle il le fait.[1414]

7.1096. En l'espèce, les arguments présentés par les parties lors de l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" de l'analyse au titre de l'article 2.1 sont essentiellement les mêmes que leurs arguments au titre du texte introductif de l'article XX, et l'évaluation faite par le Groupe spécial lors de cette étape de l'analyse au titre de l'article 2.1 est expressément articulée autour de la question de savoir si la mesure est conçue ou appliquée de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable. Dans ces circonstances, le Groupe spécial ne voit pas l'utilité de répéter dans le contexte du texte introductif de l'article XX la même analyse que celle qui a déjà été présentée dans le contexte de l'article 2.1 et estime que cela pourrait même être source de grande confusion.

7.1097. L'évaluation faite par le Groupe spécial lors de l'étape relative à la "distinction réglementaire légitime" de l'analyse au titre de l'article 2.1 s'applique donc *mutatis mutandis* au texte introductif de l'article XX. En conséquence, le Groupe spécial conclut que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, parce que l'Union européenne n'a pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants présentent un risque élevé de CIAS et qu'il y a des lacunes dans la conception et la mise en œuvre des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS.

7.1098. Le Groupe spécial note qu'il a été constaté que certaines de ces mêmes lacunes donnaient lieu à une violation de l'obligation énoncée à l'article X:3 a), et que l'Union européenne n'a pas fait valoir que l'incompatibilité avec l'article X:3 a) était justifiée au regard de l'article XX.

#### 7.1.5.5.7 Conclusion concernant l'article XX

7.1099. Le Groupe spécial constate ce qui suit:

---

[1411] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310.

[1412] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 173; et *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 213.

[1413] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, note de bas de page 1543 relative au paragraphe 5.311, faisant référence aux Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 271.

[1414] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310.

a. la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables qui est appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales au sens de l'article XX g);

b. la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux au sens de l'article XX b);

c. il n'est pas nécessaire qu'il se prononce sur la question de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure nécessaire à la protection de la moralité publique au titre de l'article XX a); et

d. la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, parce que l'Union européenne n'a pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants présentent un risque élevé de CIAS et qu'il y a des lacunes dans la conception et la mise en œuvre des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS.

7.1100. Un membre du Groupe spécial est arrivé à une conclusion différente, exposée dans la section 7.4 du présent rapport.

## 7.2 Allégations concernant la mesure française

### 7.2.1 Considérations préliminaires

#### 7.2.1.1 Considérations préliminaires concernant la définition de la mesure TIRIB de la France

7.1101. Comme cela est expliqué dans la section 2 du présent rapport, la mesure française spécifique contestée par la Malaisie concerne une taxe annuelle, appelée la TIRIB, payable par les entités qui procèdent à la mise à la consommation de carburant sur le territoire de la France.

7.1102. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, la Malaisie appelle cette taxe la "taxe française sur les carburants".[1415] Elle conteste en particulier les réductions alléguées de la taxe sur les carburants pour l'essence et le diesel qui contiennent certains biocarburants dérivés de cultures oléagineuses et l'exclusion alléguée de l'essence et du diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme de la réduction alléguée de la taxe.[1416]

7.1103. Dans sa première communication écrite, la Malaisie décrit en outre la "réduction de la taxe française sur les carburants" comme une mesure qui réduit la taxe sur l'essence et les carburants diesel contenant des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses mais exclut du champ de cette réduction l'essence et les carburants diesel dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile.[1417] La Malaisie se réfère à la "mesure française en cause" à la fois dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial et dans ses communications écrites, la décrivant comme "l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, de la réduction de la taxe française sur les carburants".[1418]

7.1104. Ainsi, sur la base de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie, et des précisions qu'elle a données dans ses communications ultérieures, le Groupe spécial comprend que la Malaisie a spécifiquement axé ses allégations sur ce qu'elle appelle l'"exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, de la réduction de la taxe française sur les biocarburants".[1419]

---

[1415] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, WT/DS600/6, paragraphes 25 et 27.
[1416] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, WT/DS600/6, paragraphes 25, 26 et 28.
[1417] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 972.
[1418] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 975 et 980; deuxième communication écrite, paragraphes 349, 353, 359 et 406.
[1419] Voir, par exemple, Malaisie, première communication écrite, paragraphes 972 et 973.

7.1105. Dans ses communications, l'Union européenne parle de la "TIRIB" lorsqu'elle fait référence à ce que la Malaisie appelle la "taxe française sur les carburants" et de la "réduction de la TIRIB" lorsqu'elle fait référence à ce que la Malaisie appelle la "réduction de la taxe française sur les carburants".[1420]

7.1106. Par souci de clarté et de cohérence, le Groupe spécial parlera tout au long de son analyse de la "TIRIB française" lorsqu'il fera référence d'une manière générale à la "TIRIB" ou à la "taxe française sur les carburants", et de la "mesure TIRIB de la France" lorsqu'il fera référence à l'aspect spécifique de la TIRIB française en cause dans le présent différend, à savoir la "réduction de la taxe française sur les carburants" ou la "réduction de la TIRIB".

#### 7.2.1.2 Ordre d'analyse au titre de l'Accord SMC et du GATT de 1994

7.1107. Ayant défini la mesure française en cause, le Groupe spécial examine maintenant l'ordre d'analyse des multiples allégations juridiques formulées par la Malaisie au titre de l'Accord SMC et du GATT de 1994.

7.1108. Le Groupe spécial examinera d'abord l'ordre d'analyse entre l'Accord SMC et le GATT de 1994, puis l'ordre d'analyse entre les multiples allégations formulées au titre de ces accords. Pour structurer son ordre d'analyse, il a accordé le poids voulu à la manière dont les parties elles–mêmes ont présenté leurs allégations et leurs moyens de défense.[1421]

7.1109. La Malaisie a formulé des allégations au titre des articles I:1 et III:2 du GATT de 1994 et au titre des articles 5 et 6 de l'Accord SMC. Elle a d'abord présenté ses allégations au titre du GATT de 1994, puis ses allégations au titre de l'Accord SMC. L'Union européenne fait de même dans ses propres communications.

7.1110. Le Groupe spécial note que les disciplines de l'Accord SMC traitent clairement de certains types de mesures de manière plus spécifique et plus détaillée que certaines dispositions correspondantes du GATT de 1994, telles que les dispositions du GATT de 1994 relatives aux enquêtes en matière de droits compensateurs (article VI) et aux subventions (article XVI). Toutefois, dans le présent différend, les dispositions du GATT de 1994 invoquées par la Malaisie sont les obligations de non–discrimination énoncées aux articles I:1 et III:2. Le Groupe spécial considère qu'il n'y a pas d'ordre d'analyse obligatoire entre les dispositions du GATT de 1994 et les dispositions de l'Accord SMC qui sont en cause dans le présent différend.

7.1111. Par conséquent, le Groupe spécial examinera les allégations relatives à la mesure TIRIB de la France dans l'ordre dans lequel elles ont été présentées par la Malaisie et commencera par les allégations au titre du GATT de 1994. S'il constate que l'une quelconque des allégations de la Malaisie est fondée, il examinera le moyen de défense de l'Union européenne au titre de l'article XX. Il examinera ensuite les allégations de la Malaisie au titre de l'Accord SMC.

7.1112. En ce qui concerne les allégations au titre du GATT de 1994, la Malaisie a d'abord présenté son allégation au titre de l'article I:1, puis ses allégations au titre de l'article III:2. Toutefois, lorsqu'elle effectue son analyse au titre de l'article I:1, elle se réfère à ses allégations au titre de l'article III:2 afin de démontrer que la mesure contestée entre dans le champ de l'article I:1. Pour cette raison, le Groupe spécial considère qu'il est plus approprié d'analyser d'abord les allégations de la Malaisie au titre de l'article III:2, puis d'examiner l'allégation de la Malaisie au titre de l'article I:1.

7.1113. En ce qui concerne les allégations au titre de l'Accord SMC, le Groupe spécial commence par examiner si la mesure TIRIB de la France relève de la définition d'une subvention au sens de l'article premier de l'Accord SMC. Puis il examine si toute subvention dont l'existence a été constatée est une subvention spécifique au sens de l'article 2. Après cela, il évalue les allégations de préjudice grave formulées par la Malaisie au titre des articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c).

---

[1420] Voir, par exemple, Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1449 et 1450.

[1421] Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 126.

### 7.2.2 Allégations au titre du GATT de 1994

#### 7.2.2.1 Première phrase de l'article III:2

##### 7.2.2.1.1 Introduction

7.1114. Le Groupe spécial examine maintenant l'allégation de la Malaisie au titre de la première phrase de l'article III:2 du GATT de 1994.

7.1115. La Malaisie affirme[1422] que l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, de la mesure TIRIB de la France est incompatible avec la première phrase de l'article III:2 parce que la France établit une discrimination à l'égard de cette essence et de ces carburants diesel et donc, indirectement, à l'encontre du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et de sa matière première, tout en favorisant l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires, et donc en favorisant indirectement les autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires et leurs matières premières d'origine nationale. Plus précisément, la Malaisie affirme que: i) la taxe sur l'essence et les carburants diesel, qui résulte de l'exclusion de cette essence et de ces carburants diesel de la mesure TIRIB de la France, constitue une taxe intérieure; ii) l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé sont similaires à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux; et iii) l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé sont frappés d'une taxe supérieure à celle frappant l'essence et les carburants diesel qui contiennent des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires, et ainsi, le biocarburant dérivé de l'huile de palme et l'huile de palme importés sont indirectement frappés d'une taxe supérieure à celle frappant les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires et leurs matières premières d'origine nationale.

7.1116. L'Union européenne affirme[1423] que l'allégation de la Malaisie au titre de la première phrase de l'article III:2 est sans fondement. Plus précisément, bien que l'Union européenne ne conteste pas que la TIRIB française constitue une taxe intérieure, elle soutient que la Malaisie n'a pas démontré que les produits pertinents étaient similaires au sens de la première phrase de l'article III:2. En outre, bien que l'Union européenne ne conteste pas que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France implique que les carburants contenant ce biocarburant, qu'ils soient importés ou produits dans le pays, peuvent être frappés de taxes supérieures à celles qui frappent les carburants contenant d'autres types de biocarburants, qu'ils soient importés ou produits dans le pays, elle conteste que cet écart de taxation soit lié à l'origine du produit.

##### 7.2.2.1.2 Critère juridique

7.1117. La première phrase de l'article III:2 dispose ce qui suit:

> Les produits du territoire de tout Membre importés sur le territoire de tout autre Membre ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les produits nationaux similaires.

7.1118. La première phrase de l'article III:2 a été interprétée et appliquée dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.1119. Sur la base du texte de la première phrase de l'article III:2, un plaignant doit démontrer les éléments ci–après pour établir l'existence d'une incompatibilité avec cette phrase:

---

[1422] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1000 à 1027; deuxième communication écrite, paragraphes 353 à 405 et 407 à 409.

[1423] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1457 à 1503; deuxième communication écrite, paragraphes 293 et 294.

a. la mesure est une taxe ou autre imposition intérieure appliquée, directement ou indirectement, à des produits[1424];

b. les produits importés et les produits nationaux sont des produits similaires au sens de la première phrase de l'article III:2; et

c. les produits importés sont frappés d'une taxe supérieure à celle qui frappe les produits nationaux.[1425]

7.1120. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à la première phrase de l'article III:2 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.2.2.1.3 Taxes intérieures qui frappent, directement ou indirectement, les produits

7.1121. Le Groupe spécial commence son analyse par la question de savoir si la TIRIB française constitue une taxe intérieure qui frappe, directement ou indirectement, les produits.

7.1122. La Malaisie affirme que la taxe sur l'essence et les carburants diesel contenant du biocarburant dérivé de l'huile de palme, qui résulte de l'exclusion de cette essence et de ces carburants diesel de la mesure TIRIB de la France, est une taxe intérieure au sens de l'article III:2, parce qu'elle frappe l'essence et les carburants diesel incorporant du biocarburant dérivé de cultures oléagineuses admissible, et qu'elle devient exigible lorsque le produit est mis à la consommation en France.[1426]

7.1123. L'Union européenne ne conteste pas que la TIRIB française est une taxe intérieure.[1427]

7.1124. L'article III:2 concerne les "taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient … qui frappent, directement ou indirectement, les produits". L'Organe d'appel a expliqué que ce qui était important pour déterminer si une mesure était une "taxe ou autre imposition intérieure", c'était que l'obligation de l'acquitter devait prendre naissance à cause d'un événement intérieur, tel que la distribution, la vente, l'utilisation ou le transport du produit.[1428] Aux fins de l'article III:2, la taxe doit "frapp[er], directement ou indirectement, les produits". À cet égard, le Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool* a constaté que les édulcorants autres que le sucre de canne étaient frappés indirectement de la taxe sur les boissons sans alcool lorsqu'ils étaient utilisés pour la production de boissons sans alcools et sirops.[1429]

7.1125. Comme cela est expliqué dans la section 2 du présent rapport, la TIRIB française est une taxe annuelle payable par les entités qui procèdent à la mise à la consommation de carburant sur le territoire de la France; et son taux applicable variera en fonction de l'incorporation dans ce carburant de sources admissibles en tant qu'énergies renouvelables, y compris certains biocarburants. La TIRIB française est donc une taxe qui frappe les produits. Elle frappe directement le carburant et indirectement le biocarburant incorporé dans ce carburant. L'obligation d'acquitter cette taxe prend naissance à cause de l'événement intérieur que constitue la mise à la consommation en France. Ainsi, la TIRIB française est une taxe intérieure qui frappe, directement ou indirectement, les produits.

7.1126. Le Groupe spécial constate donc que la TIRIB française est une taxe intérieure frappant, directement ou indirectement, les produits, qui entre dans le champ de l'article III:2. En conséquence, la mesure TIRIB de la France, en tant qu'élément de la TIRIB française, entre également dans le champ de l'article III:2.

---

[1424] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 181.
[1425] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Périodiques*, page 25.
[1426] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1007 et 1011.
[1427] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1463.
[1428] Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Pièces automobiles*, paragraphe 162.
[1429] Rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphe 8.45.

#### 7.2.2.1.4 Produits similaires

7.1127. Le Groupe spécial examine maintenant la question de savoir si les produits en cause sont des produits similaires au sens de l'article III:2.

7.1128. La Malaisie soutient qu'elle a déjà démontré, dans le contexte de ses allégations concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, que le biocarburant dérivé de l'huile de palme et l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants étaient similaires à d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses et à leurs matières premières pour biocarburants respectives; et donc que l'essence et les carburants diesel qui contenaient du biocarburant dérivé de l'huile de palme étaient similaires à l'essence et aux carburants diesel qui contenaient d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses. Pour elle, il s'ensuit que l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses ont aussi un rapport de concurrence suffisamment étroit pour être considérés comme similaires au sens de la première phrase de l'article III:2.[1430]

7.1129. L'Union européenne soutient que la Malaisie n'a pas démontré que les produits pertinents étaient similaires au sens de la première phrase de l'article III:2.[1431]

7.1130. Le Groupe spécial rappelle que la Malaisie a confirmé, dans le contexte de ses allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994 concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, que ses allégations étaient axées sur le traitement du biocarburant dérivé de l'huile de palme par rapport au traitement des biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja. Étant donné que, s'agissant de la mesure TIRIB de la France, la Malaisie a explicitement fait référence à ses arguments relatifs aux produits similaires présentés en ce qui concernait la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le Groupe spécial comparera les mêmes produits. Ainsi, il comparera le biocarburant dérivé de l'huile de palme et les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja en ce qui concerne à la fois les EMAG et l'HVH.

7.1131. Le Groupe spécial note que la Malaisie compare l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux, et fait valoir que ces produits sont similaires au sens de la première phrase de l'article III:2. Toutefois, la première phrase de l'article III:2 concerne le traitement de produits importés par rapport au traitement de produits nationaux similaires. Par conséquent, la comparaison aux fins de l'analyse concernant les produits similaires doit être une comparaison entre des produits importés et des produits nationaux, et non entre un produit national contenant un intrant importé et un produit national contenant un intrant national.[1432] Par conséquent, aux fins de son analyse des produits similaires, le Groupe spécial comparera le biocarburant dérivé de l'huile de palme et les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, et non l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux.

7.1132. Le Groupe spécial note également que la Malaisie fait valoir que l'huile de palme en tant que matière première pour la production de biocarburants est similaire à d'autres matières premières provenant de cultures oléagineuses pour la production de biocarburants au sens de la première phrase de l'article III:2; et que l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants est indirectement frappée d'une taxe supérieure à celle qui frappe d'autres matières premières similaires pour biocarburants provenant de cultures oléagineuses d'origine nationale. Le Groupe spécial note que l'argument de la Malaisie concernant l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants repose sur le même fondement que son argument selon lequel le biocarburant dérivé de l'huile de palme est indirectement frappé d'une taxe supérieure à celle qui frappe les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires. Dans ces circonstances, il doit

[1430] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1013.
[1431] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1464 et 1467.
[1432] La Malaisie a fait valoir qu'il y avait une taxation supérieure en ce qui concerne non pas l'essence et le carburant diesel importés et l'essence et le carburant diesel nationaux, mais entre l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux.

examiner l'utilité pratique que toute constatation concernant l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants aurait pour la mise en œuvre, à la lumière des constatations concernant le biocarburant dérivé de l'huile de palme.

7.1133. Le Groupe spécial ne voit aucune raison de formuler des constatations distinctes et additionnelles au titre de la première phrase de l'article III:2, alors que de telles constatations reposeraient sur le même fondement que les constatations concernant le biocarburant dérivé de l'huile de palme. La Malaisie n'a pas expliqué en quoi des constatations additionnelles concernant l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants auraient une quelconque utilité pratique dans la perspective d'un éventuel appel ou de la mise en œuvre ou à d'autres égards.

7.1134. Le Groupe spécial note que, comme la taxation supérieure alléguée de l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants découle de la taxation supérieure alléguée du biocarburant dérivé de l'huile de palme, il s'ensuit que toute action entreprise aux fins de la mise en œuvre de toutes constatations d'incompatibilité concernant la taxation supérieure du biocarburant dérivé de l'huile de palme traiterait nécessairement toute taxation supérieure de l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants. Ainsi, dans la perspective de la mise en œuvre, il apparaît que des constatations distinctes et additionnelles concernant l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants seraient totalement superflues.[1433]

7.1135. Le Groupe spécial ne juge donc pas nécessaire de formuler des constatations additionnelles sur l'huile de palme en tant que matière première pour la production de biocarburants pour arriver à une solution positive du présent différend ou pour aider l'ORD à statuer et à formuler des recommandations ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.

7.1136. L'Organe d'appel a expliqué que le champ des produits similaires dans la première phrase de l'article III:2 devait être interprété de façon étroite, compte tenu de l'existence de la deuxième phrase, qui prévoyait un examen séparé et cas par cas du caractère protecteur d'une mesure pour en examiner l'application à une plus large catégorie de produits, à savoir les produits directement concurrents et directement substituables. L'Organe d'appel a en outre expliqué que le point de savoir dans quelle mesure la définition des produits similaires figurant à la première phrase de l'article III:2 devait être interprétée de façon étroite "[était] … une question à régler séparément pour chaque mesure fiscale dans chaque cas".[1434]

7.1137. Des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont régulièrement expliqué que la question de savoir si des produits étaient similaires au sens de la première phrase de l'article III:2 devait être déterminée au cas par cas, par un examen des facteurs pertinents, y compris: i) les caractéristiques physiques des produits (pouvant concerner ses propriétés physiques, sa nature et ses qualités); ii) les utilisations finales des produits sur un marché donné; iii) les goûts et habitudes des consommateurs[1435]; et iv) la classification tarifaire des produits.[1436] L'Organe d'appel a toutefois prévenu que cette approche permettant de déterminer si des produits étaient similaires serait très utile si les décideurs gardaient à l'esprit le degré d'étroitesse que la gamme des produits similaires, dans la première phrase de l'article III:2, devait avoir, par opposition à la gamme des produits similaires envisagée dans quelques autres dispositions du GATT de 1994 et dans d'autres accords visés.[1437]

7.1138. Le Groupe spécial rappelle que les quatre critères ne sont pas exhaustifs ni ne s'excluent mutuellement, qu'aucun d'entre eux n'a nécessairement un rôle prépondérant, et qu'il s'agit plutôt d'outils analytiques permettant d'organiser et d'évaluer les éléments de preuve pertinents pour l'analyse des produits similaires.[1438] En outre, un groupe spécial utilisera ces critères pour examiner

[1433] En outre, le Groupe spécial ne considère pas que de telles constatations additionnelles sur les matières premières préjugeraient du niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages résultant de la mesure TIRIB de la France au-delà de tout niveau dont l'existence serait autrement constatée.

[1434] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 23.

[1435] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 23.

[1436] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 24 et 25.

[1437] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 24.

[1438] Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphes 119 et 131.

la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits importés et les produits nationaux, qui dépendront du marché sur lequel ces produits sont en concurrence.[1439]

7.1139. Afin de procéder à son analyse des produits similaires au titre de la première phrase de l'article III:2 en ce qui concerne la mesure TIRIB de la France, le Groupe spécial s'appuiera sur des aspects factuels de son analyse des produits similaires au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994 en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il inclura dans la présente section des considérations relatives au marché français et arrivera à une conclusion en gardant à l'esprit que le champ des produits similaires au titre de la première phrase de l'article III:2 est plus étroit que celui des produits similaires au titre des dispositions analysées en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

#### 7.2.2.1.4.1 Propriétés physiques

7.1140. En ce qui concerne les propriétés physiques, la Malaisie affirme que les biocarburants produits à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja ont des caractéristiques physiques et chimiques de base similaires.[1440]

7.1141. L'Union européenne fait valoir que les biodiesels produits à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja ont des propriétés différentes, se référant à l'opérabilité à basse température exprimée par la TLF, qui est généralement de +13 °C pour l'EMP, de −14 °C pour l'EMC et de −2 °C pour l'EMS. Pour elle, ces différences ne sont pas mineures ni dénuées de pertinence, mais sont des caractéristiques qui définissent la mesure dans laquelle l'EMS, l'EMP et l'EMC peuvent être substitués les uns aux autres et donc le degré de concurrence qui existe entre eux.[1441]

7.1142. Comme le Groupe spécial l'a déjà constaté, l'EMP, l'EMC et l'EMS partagent la même composition chimique de base de l'EMAG et un certain nombre de caractéristiques physiques, y compris la viscosité, la densité et le point éclair, bien qu'elles ne soient pas identiques, sont similaires. Le Groupe spécial rappelle que les différences fondamentales qui sont au centre des arguments des parties ont trait aux propriétés d'écoulement à froid, en particulier à la TLF, ainsi qu'à l'indice d'iode et à la valeur du cétane. Aux fins de la mesure française, les parties se réfèrent principalement à la TLF, qui est pertinente pour l'analyse des utilisations finales et des goûts et habitudes des consommateurs.

#### 7.2.2.1.4.2 Utilisations finales

7.1143. En ce qui concerne les utilisations finales, la Malaisie soutient que toutes les matières premières provenant de cultures oléagineuses ont la même utilisation finale, à savoir la production de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses. Elle affirme que, même si la valeur de la TLF du carburant diesel en France se situe entre 0° C en été et -15° C en hiver, l'essence et les carburants diesel qui contiennent des biocarburants dérivés de l'huile de palme peuvent toujours être mis sur le marché français pendant une bonne partie de l'année. La Malaisie estime donc que, pendant la saison chaude, ces carburants sont concurrents de l'essence et des carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, tels que les biocarburants fabriqués à partir d'huile de colza ou d'huile de soja, et leur sont parfaitement substituables.[1442]

7.1144. L'Union européenne soutient que les différentes propriétés de l'EMP, de l'EMS et de l'EMC ont des conséquences pour leurs utilisations finales. Elle affirme que la TLF du carburant diesel en France se situe entre 0 °C en été et −15 °C en hiver, et que les mélanges EMAG 0 ne contiennent souvent pas plus de 20% d'EMP. Pour l'Union européenne, les normes différentes requises pour le mélange de diesel et pour les biodiesels en France pendant les saisons estivale et hivernale ont un

[1439] Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 168. L'Organe d'appel a en outre souligné que la détermination de la similarité au titre de la première phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 était fondamentalement une détermination concernant la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits importés et les produits nationaux. (Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 170)

[1440] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 911.

[1441] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1470 et 1474.

[1442] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 912; deuxième communication écrite, paragraphe 388.

effet sur la quantité d'EMP qui peut être utilisée dans les mélanges de biodiesel en France, ce qui démontre que la possibilité de substituer à l'EMP d'autres biocarburants combinés dans des mélanges est limitée non seulement en hiver mais aussi en été.[1443]

7.1145. Comme le Groupe spécial l'a déjà expliqué, les parties ne contestent pas que l'EMP, l'EMC et l'EMS sont tous principalement utilisés en tant que biocarburant mélangé à du carburant diesel minéral utilisé pour le transport, en plus de certaines autres applications. Toutefois, les parties sont en désaccord sur l'étendue de la substituabilité entre les trois types de biocarburant, sur la base de la TLF différente de chaque type de biocarburant. En effet, comme cela a été expliqué, les éléments de preuve présentés par les parties confirment que l'opérabilité à basse température, et donc la TLF, est un facteur important à considérer pour l'utilisation de biocarburant dans les moteurs diesel, en fonction du climat de la région géographique pertinente.

7.1146. En ce qui concerne le marché français, les éléments de preuve versés au dossier confirment que la France exige une TLF de −15 °C pour la saison hivernale et une TLF de 0 °C pendant la saison estivale[1444], mais aussi que les mélanges "EMAG 0" (c'est−à−dire des mélanges d'une TLF de 0 °C) contiennent souvent de l'EMP.[1445] Par conséquent, en raison de sa TLF plus élevée, l'EMP en France doit être mélangé à d'autres biocarburants pendant la saison estivale et a tendance à être moins couramment utilisé pendant la saison hivernale. Toutefois, les éléments de preuve versés au dossier montrent que l'huile de palme a été couramment utilisée en France comme matière première pour la production de biocarburants[1446], et aussi que les propriétés des carburants à froid peuvent être améliorées grâce à l'utilisation d'additifs tels que les améliorants d'écoulement.[1447]

7.1147. Le Groupe spécial note que, d'après les données du gouvernement français, sur le volume total de biocarburant produit en France pour être incorporé dans le diesel en 2019, 50% étaient fabriqués à partir d'huile de colza, 23% à partir d'huile de palme et 18% à partir d'huile de soja; et, sur l'ensemble du biocarburant produit en France pour être incorporé dans le diesel en 2018, 53,53% étaient fabriqués à partir d'huile de colza, 22,45% à partir d'huile de palme et 14,10% à partir d'huile de soja. Cela inclut à la fois les esters méthyliques et l'HVH, qui, en 2019, représentaient respectivement 83,5% et 16,5% du biocarburant produit en France pour être incorporé dans le diesel.[1448] En outre, sur l'ensemble de l'ester méthylique d'huile végétale produit en France en 2019, 64% étaient fabriqués à partir d'huile de colza, 23% à partir d'huile de soja et 9% à partir d'huile de palme; et, sur l'ensemble de l'ester méthylique d'huile végétale produit en France en 2018, 65% étaient fabriqués à partir d'huile de colza, 17% à partir d'huile de soja et 14% à partir d'huile de palme.[1449] Cela signifie que le biocarburant dérivé de l'huile de palme était le deuxième biocarburant le plus utilisé en France en 2018 et 2019; et que l'EMP était le troisième ester méthylique dérivé de cultures oléagineuses le plus utilisé en France en 2018 et 2019. Le biocarburant dérivé de l'huile de palme était aussi plus couramment utilisé comme matière première pour biocarburants que les biocarburants produits à partir de déchets et de graisses animales.[1450]

7.1148. Le Groupe spécial se réfère également à sa discussion sur la valeur du cétane et l'indice d'iode en ce qui concerne l'EMS, ajoutant que tant l'huile de palme que le soja ont été importés en France en quantités importantes pour la production de biocarburants.[1451] Cela n'aurait pas été le cas

[1443] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1475 à 1486.

[1444] Biodiesel Standards in various EU member States (website accessed 25 April 2021) (pièce EU-137).

[1445] Commission Implementing Regulation (EU) 2019/1344 of 12 August 2019 imposing a provisional countervailing duty on imports of biodiesel originating in Indonesia, OJ 2019 L 212, p. 1 (pièce EU-139), considérant 297.

[1446] USDA FAS, "GAIN, Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce MYS-139), page 27; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2019 (pièce EU-128), page 31; USDA FAS, "GAIN Report, Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2015 (pièce MYS-77), page 25.

[1447] Arbeitsgemeinschaft Qualitätsmanagement Biodiesel e.V., "Cold Properties of Biodiesel" (pièce EU-140), page 3.

[1448] DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" (pièce EU-191), page 6; Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 16.

[1449] DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" (pièce EU-191), page 7.

[1450] DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" (pièce EU-191), pages 5 à 10.

[1451] Selon un rapport du Parlement français sur les biocarburants, le volume mis à la consommation de biocarburants produits à partir d'huile de palme en France a représenté 838 millions de litres en 2018, et le volume de biocarburants produits à partir de soja, 472 millions de litres, soit respectivement 18% et 9,6% du volume total de biocarburants incorporés en France. L'huile de palme utilisée dans la production française de biocarburants incorporés dans les carburants en 2018 provenaient à 71% d'Indonésie et à 22% de Malaisie. En

s'il n'y avait eu aucune substitution entre l'EMP, l'EMC et l'EMS malgré certaines différences dans leurs propriétés physiques. En outre, un rapport du Parlement français de 2020 sur les biocarburants indique que le secteur du biodiesel avait été fragilisé par la concurrence des biocarburants importés fabriqués à partir d'huile de palme et de soja, et que l'utilisation de ces huiles avait permis d'abaisser considérablement les coûts.[1452] Cela corrobore l'existence d'un degré important de concurrence entre l'EMP, l'EMC et l'EMS.

7.1149. Ces données montrent que, en dépit de certaines différences dans les caractéristiques des produits, il y a un degré important de concurrence entre l'EMP, l'EMC et l'EMS. Cela est encore renforcé par le fait que, dans le contexte d'une enquête en matière de droits antidumping sur les importations de biodiesel en provenance d'Argentine et d'Indonésie, l'Union européenne a rejeté l'allégation selon laquelle l'EMP n'était pas un produit similaire à l'EMC ou à l'EMS en raison de sa TLF plus élevée, et a considéré que l'EMP pouvait être utilisé dans toute l'Union pendant toute l'année, mélangé à d'autres biodiesels avant utilisation, comme l'EMC et l'EMS; et que l'EMP pouvait donc remplacer le biodiesel fabriqué dans l'Union européenne.[1453]

#### 7.2.2.1.4.3 Perceptions des consommateurs

7.1150. En ce qui concerne les perceptions des consommateurs, la Malaisie affirme que les consommateurs pertinents, à savoir les producteurs de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, fondent leurs choix sur le prix du produit, la valeur de sa TLF et sa stabilité à l'oxydation et la possibilité qu'il soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables.[1454]

7.1151. L'Union européenne estime que les consommateurs directs de biocarburants sont les opérateurs économiques, qui mélangent ces carburants avec des combustibles fossiles afin de les mettre à la consommation sur le marché. Pour elle, étant donné qu'ils doivent produire un mélange qui satisfait à certaines prescriptions (par exemple en ce qui concerne la TLF), et étant donné que les différents biocarburants présentent des valeurs de TLF différentes, ils doivent nécessairement se préoccuper des biocarburants qu'ils mélangent et des proportions dans lesquelles ils les mélangent.[1455] L'Union européenne ajoute que les consommateurs finals ne savent pas si le produit qu'ils achètent contient du biodiesel d'huile de palme, mais que, compte tenu des préoccupations généralisées du public dans l'Union européenne associant la production d'huile de palme à la déforestation, à la perte de biodiversité et au changement climatique, il est clair que le fait que les consommateurs sachent qu'il y a des biocarburants dérivés de l'huile de palme dans le mélange de carburants peut tout à fait influencer leurs décisions d'achat, et que leurs préférences et leurs goûts ont nécessairement une influence sur ce que les compagnies pétrolières produisent et sur les biocarburants qu'elles mélangent.[1456]

7.1152. Le Groupe spécial rappelle les constatations qu'il a formulées plus haut selon lesquelles les éléments de preuve relatifs aux mesures de défense commerciale indiquent que les consommateurs finals ne connaissent pas la composition du mélange de biocarburants, ou ne sont pas intéressés par cette composition, si le produit satisfait à la TLF requise; et selon lesquelles les opérateurs économiques qui interviennent dans le mélange de biocarburants mélangent l'EMP, l'EMC et l'EMS en vue d'obtenir un mélange qui respecte les spécifications de la TLF exigées par le client. Si la spécification exige une TLF particulièrement basse, la quantité d'EMP sera certes inférieure par rapport au carburant destiné à des climats plus chauds. Toutefois, dans le cadre de la spécification, l'EMP est en concurrence avec l'EMC et l'EMS.

7.1153. Le Groupe spécial se réfère également aux constatations qu'il a formulées plus haut au sujet de l'affirmation de l'Union européenne selon laquelle le fait que les consommateurs finals sachent qu'il y a des biocarburants dérivés de l'huile de palme dans le mélange de carburants peut avoir une influence sur le biocarburant que les compagnies pétrolières mélangeront. Le Groupe

outre, 56,4% du soja utilisé a été importé d'Argentine, 21,5% du Brésil et 16,4% du Paraguay. (Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 62)

[1452] Le rapport mentionne à cet égard que le biodiesel de colza européen revenait à 956 dollars par tonne, tandis que le biodiesel de soja argentin revenait à 708 dollars par tonne et le biodiesel d'huile de palme malaisien à 678 dollars la tonne. (Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 75)

[1453] Règlement d'exécution (UE) n° 1194/2013 du Conseil (pièce MYS-140), considérants 18 et 19.

[1454] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 913.

[1455] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1488.

[1456] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1489 et 1490.

spécial rappelle en particulier qu'avant d'annoncer une baisse dans l'utilisation de l'huile de palme comme matière première pour biocarburants, Total avait contesté sans succès l'exclusion de l'EMP du champ des sources d'énergies renouvelables aux fins de la TIRIB française.[1457]

#### 7.2.2.1.4.4 Classification tarifaire

7.1154. Enfin, s'agissant de la classification tarifaire, la Malaisie soutient que tous les produits en cause relèvent du même chapitre du SH (Graisses et huiles animales ou végétales), mais reconnaît qu'ils ont des codes du SH différents au niveau des positions à quatre et six chiffres.[1458]

7.1155. Le Groupe spécial a déjà constaté que la classification douanière de l'EMP, de l'EMC et de l'EMS était compatible avec l'indication qu'ils appartenaient tous à la catégorie des biodiesels et corroborait la constatation selon laquelle ils partageaient des caractéristiques de produits importantes et avaient la même application.

#### 7.2.2.1.4.5 Conclusion concernant les produits similaires

7.1156. L'Organe d'appel a constaté que des produits qui avaient des caractéristiques physiques très semblables pouvaient ne pas être similaires, au sens de l'article III:2, si leur concurrence ou substituabilité était faible, alors que des produits qui présentaient certaines différences physiques pouvaient néanmoins être considérés comme similaires si ces différences physiques avaient une incidence limitée sur le rapport de concurrence entre et parmi les produits.[1459] L'Organe d'appel a considéré que tant que les différences parmi les produits, y compris une différence concernant les matières premières utilisées, laissaient fondamentalement inchangé le rapport de concurrence parmi les produits finals, l'existence de ces différences n'empêcherait pas une constatation de similarité si, en examinant tous les facteurs, le Groupe spécial était en mesure de conclure que le rapport de concurrence parmi les produits était tel qu'il justifiait une constatation de similarité au titre de l'article III:2.[1460] L'Organe d'appel a également expliqué que les produits parfaitement substituables n'étaient pas les seuls à pouvoir relever du champ de la première phrase de l'article III:2, car cela serait une interprétation trop étroite et limiterait le champ de la première phrase essentiellement à des produits identiques. En fait, les produits qui sont presque parfaitement substituables peuvent être des produits similaires, tandis que les produits qui sont en concurrence à un degré moindre relèveraient du champ de la deuxième phrase.[1461]

7.1157. Le Groupe spécial estime que les éléments de preuve versés au dossier démontrent que, en dépit de certaines différences dans les caractéristiques des produits, il y a un degré important de concurrence entre l'EMP, l'EMC et l'EMS sur le marché français. Selon le Groupe spécial, le rapport de concurrence entre les produits en cause sur le marché français suffit à justifier une constatation selon laquelle, s'agissant des EMAG, même dans le champ plus étroit des produits similaires de la première phrase de l'article III:2, les biocarburants produits à partir d'huile de colza et d'huile de soja sont similaires au biocarburant dérivé de l'huile de palme.

7.1158. Le Groupe spécial constate donc que, s'agissant des EMAG, les biocarburants produits à partir d'huile de colza et d'huile de soja sont similaires au biocarburant dérivé de l'huile de palme au sens de la première phrase de l'article III:2.

#### 7.2.2.1.4.6 Argument additionnel de la Malaisie concernant l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja

7.1159. Le Groupe spécial rappelle que la Malaisie considère également que l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme, d'huile de colza et d'huile de soja est un produit similaire. Il a constaté, dans le contexte de son analyse des produits similaires au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994 s'agissant de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, que l'HVH dérivée d'huile de colza et l'HVH dérivée d'huile de soja étaient similaires à l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme. À cet égard, le Groupe spécial a déjà expliqué que les

[1457] Article de presse, 11 octobre 2019 (pièce MYS-245); et THEN24, "TotalEnergies will no longer use palm oil from 2023" (pièce EU-324).
[1458] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 914.
[1459] Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 120.
[1460] Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 125.
[1461] Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 149.

éléments de preuve dont il disposait confirmaient que l'on pouvait produire de l'HVH à partir de nombreux types d'huiles végétales, en obtenant la même composition chimique et sans affecter les caractéristiques du biocarburant; que ses propriétés, en particulier concernant l'écoulement à froid, dépendaient du processus de production plutôt que de la matière première; et que l'HVH était utilisée comme carburant dans les moteurs diesel soit mélangée à du diesel minéral, soit en le remplaçant complètement. Ces constatations de fait s'appliquent *mutatis mutandis* en ce qui concerne la mesure TIRIB de la France.

7.1160. Le Groupe spécial constate donc que l'HVH dérivée de l'huile de colza et l'HVH dérivée de l'huile de soja sont similaires à l'HVH fabriquée à partir d'huile de palme au sens de la première phrase de l'article III:2.

#### 7.2.2.1.5 Taxation supérieure

7.1161. Le Groupe spécial examine maintenant la question de savoir si le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé est indirectement frappé d'une taxe supérieure à celle qui frappe les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires.

7.1162. La Malaisie affirme que l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé sont directement frappés d'une taxe supérieure à celle qui frappe l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires; et que le biocarburant dérivé de l'huile de palme et l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants importés sont indirectement frappés d'une taxe supérieure à celle qui frappe les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires et leurs matières premières d'origine nationale.[1462] Elle soutient que l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, qui est classé comme non renouvelable, ne peuvent pas bénéficier du traitement fiscal avantageux, tandis que, dans les cas où l'essence et les carburants diesel incorporent du biocarburant fabriqué à partir d'autres matières premières provenant de cultures oléagineuses (par exemple le colza), la mesure TIRIB de la France s'applique.[1463]

7.1163. L'Union européenne ne conteste pas que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France implique que les carburants contenant ce biocarburant, qu'ils soient importés ou produits dans le pays, peuvent être frappés de taxes supérieures à celles qui frappent les carburants contenant d'autres types de biocarburants, qu'ils soient importés ou produits dans le pays. En revanche, elle conteste que cet écart de taxation soit lié à l'origine du produit.[1464] Pour l'Union européenne, la mesure TIRIB de la France est une mesure neutre quant à l'origine, car ce n'est pas l'incorporation de biocarburants nationaux par rapport à des biocarburants importés qui déclenche la mesure TIRIB de la France, mais plutôt le type de biocarburant qui est incorporé, quelle que soit son origine.[1465]

7.1164. Le Groupe spécial note que, en ce qui concerne la taxation supérieure, l'Organe d'appel a indiqué que même le plus petit dépassement était "de trop".[1466] En outre, pour déterminer s'il y a violation de la première phrase de l'article III:2, il faut se fonder sur une évaluation globale des charges fiscales effectives imposées pour les produits importés, d'une part, et les produits nationaux similaires, d'autre part.[1467]

7.1165. Comme il est expliqué dans la section 2 du présent rapport, les entités qui procèdent à la mise à la consommation de carburant sur le territoire de la France sont tenues de payer la TIRIB française en tant que taxe additionnelle qui varie en fonction de la mesure dans laquelle le carburant mis à la consommation atteint les objectifs d'incorporation fixés pour les sources d'énergie renouvelables. Les biocarburants, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, sont considérés comme des sources d'énergies renouvelables aux fins de la TIRIB française, mais les produits à base d'huile de palme ne peuvent pas être considérés comme des sources

[1462] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1021.
[1463] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1020.
[1464] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1500 et 1501.
[1465] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1502 et 1503; deuxième communication écrite, paragraphe 294.
[1466] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 26.
[1467] Rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Taxation*, paragraphe 5.35.

d'énergies renouvelables aux fins de la TIRIB française. La TIRIB française est déterminée selon une formule dont l'application aboutit à un taux de taxe qui varie d'une manière directement proportionnelle à la différence entre l'incorporation de sources d'énergie renouvelables visée en tant qu'objectif et l'incorporation effective de ces sources dans le carburant mis à la consommation.

7.1166. Le Groupe spécial rappelle les exemples donnés dans la section 2 du présent rapport pour illustrer le fonctionnement de la formule relative à la TIRIB à l'aide de l'objectif d'incorporation pour le diesel fixé pour 2020 (8%) et du taux établi en 2020 (101 EUR par hectolitre). Sur la base de ces exemples, le Groupe spécial observe ce qui suit:

a. Si le diesel mis à la consommation contient 8% (ou plus) de sources d'énergies renouvelables, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, le taux de la TIRIB sera de zéro EUR par hectolitre.

b. Si le diesel mis à la consommation contient 8% (ou plus) de sources d'énergies renouvelables, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, et une quantité quelconque de biocarburant dérivé de l'huile de palme, le taux de la TIRIB sera toujours de zéro EUR par hectolitre.

c. Si le diesel mis à la consommation contient 6% de sources d'énergies renouvelables, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, et 2% (ou plus) de biocarburant dérivé de l'huile de palme, le taux de la TIRIB sera de 2,02 EUR par hectolitre.

d. Si le diesel mis à la consommation contient 2% de sources d'énergies renouvelables, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, et 6% (ou plus) de biocarburant dérivé de l'huile de palme, le taux de la TIRIB sera de 6,06 euros par hectolitre.

e. Si le diesel mis à la consommation ne contient aucune source d'énergie renouvelable, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, mais contient 8% (ou plus) de biocarburant dérivé de l'huile de palme, le taux de la TIRIB sera de 8,08 EUR par hectolitre.

7.1167. Ces exemples montrent que, s'il y a incorporation de biocarburant dérivé de l'huile de palme dans le diesel en vue de la satisfaction d'une quelconque partie de l'objectif d'incorporation de 8%, en remplacement de sources d'énergies renouvelables, la charge fiscale pesant sur ce diesel augmentera proportionnellement à la quantité de biocarburant dérivé de l'huile de palme incorporée. En revanche, s'il y a incorporation de biocarburants dérivés de l'huile de colza et/ou de l'huile de soja dans le diesel en vue de la satisfaction d'une quelconque partie de l'objectif d'incorporation de 8%, la charge fiscale pesant sur ce diesel diminuera proportionnellement à la quantité de biocarburants dérivés de l'huile de colza et/ou de l'huile de soja incorporée, avec la possibilité d'obtenir un taux de taxe de zéro EUR par hectolitre si l'objectif d'incorporation est entièrement satisfait.

7.1168. En d'autres termes, du fait que les produits à base d'huile de palme ne peuvent pas être considérés comme des sources d'énergies renouvelables aux fins de la TIRIB française ou, plus spécifiquement, du fait que le biocarburant dérivé de l'huile de palme est exclu du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France, le carburant contenant du biocarburant dérivé de l'huile de palme en vue de la satisfaction d'une quelconque partie de l'objectif d'incorporation sera toujours frappé d'une taxe supérieure à celle qui frappe le carburant contenant des biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja en vue de la satisfaction d'une quelconque partie de l'objectif d'incorporation. Cela signifie par conséquent que le biocarburant dérivé de l'huile de palme qui est incorporé dans le carburant en vue de la satisfaction d'une quelconque partie de l'objectif d'incorporation sera toujours indirectement frappé d'une taxe supérieure à celle qui frappe les produits similaires que sont les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja lorsqu'ils sont incorporés dans le carburant en vue de la satisfaction des objectifs d'incorporation.

7.1169. L'Union européenne ne conteste pas cela. Toutefois, elle fait valoir que la mesure TIRIB de la France est une mesure neutre quant à l'origine car ce n'est pas l'incorporation de biocarburants

nationaux par rapport à des biocarburants importés qui déclenche la réduction, mais plutôt le type de biocarburant qui est incorporé, quelle que soit son origine. L'Union européenne affirme que l'incorporation de biocarburants importés dérivés de l'huile de soja, de l'huile de colza et de l'huile de tournesol, et de biocarburants produits à partir de déchets et de graisses animales ainsi que de biocarburants de deuxième génération, déclenche la même réduction que s'il s'agissait de biocarburants nationaux; et que, inversement, l'incorporation de biocarburant dérivé de l'huile de palme national n'entraîne aucune réduction. L'Union européenne ajoute que le biocarburant dérivé de l'huile de palme est également produit dans l'Union européenne, y compris en France.[1468]

7.1170. La Malaisie affirme que la comparaison pertinente est une comparaison entre le groupe des produits importés et le groupe des produits similaires d'origine nationale, c'est-à-dire entre l'essence et les carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent des biocarburants dérivés de l'huile de palme, et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires et leurs matières premières d'origine française. Elle ajoute que le fait qu'un Membre produise lui-même le produit qui fait l'objet de la mesure contestée, ou qu'un Membre plaignant n'exporte pas l'ensemble du groupe des produits, n'implique pas que la mesure en cause n'établit pas de distinction fondée sur l'origine des produits.[1469]

7.1171. Le Groupe spécial note que la première phrase de l'article III:2 prévoit l'égalité des conditions de concurrence pour tous les produits dont il a été constaté qu'ils étaient similaires. S'il a été constaté que le biocarburant dérivé de l'huile de palme était similaire aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, la comparaison en ce qui concerne la taxation supérieure doit être faite non pas entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et le biocarburant dérivé de l'huile de palme national, mais entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et les produits nationaux similaires que sont les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja.[1470]

7.1172. Selon cette comparaison, il est clair que le carburant contenant du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé est frappé d'une taxe "supérieure" à celle qui frappe le carburant contenant les produits nationaux similaires que sont les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja. En conséquence, le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé est indirectement frappé d'une taxe "supérieure" à celle qui frappe les produits nationaux similaires que sont les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja.[1471]

7.1173. En tout état de cause, et sans se prononcer sur la question de savoir si les constatations additionnelles ci–après sont nécessaires pour que la Malaisie puisse établir le bien–fondé de son allégation au titre de la première phrase de l'article III:2, le Groupe spécial note que la Malaisie est l'un des deux plus grands producteurs mondiaux d'huile de palme, et qu'elle produit et exporte de

[1468] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1501 à 1503; deuxième communication écrite, paragraphe 294.

[1469] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 399 à 404.

[1470] La situation en cause est similaire à celle qui était en cause dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*. Comme le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles* l'a indiqué, dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, "la taxe intérieure frappant le shochu d'origine nationale était la même que celle qui frappait le shochu importé; la taxe plus élevée imposée sur la vodka importée frappait aussi la vodka d'origine nationale. Les produits identiques (sans tenir compte des différences de marques) étaient imposés de façon identique. La question était de savoir si les différences entre les deux produits – shochu et vodka –, telles que définies à des fins fiscales, étaient si minimes que le shochu et la vodka devaient être considérés comme des produits similaires et donc être soumis à la prescription de la première phrase de l'article III:2, à savoir qu'un produit ne devrait pas être frappé d'une taxe supérieure à la taxe frappant l'autre produit." (Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 14.112)

[1471] Conformément à l'explication donnée par le Groupe spécial *Indonésie – Automobiles* concernant la situation dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, cette constatation n'est pas affectée par le fait que l'Union européenne produit également du biocarburant dérivé de l'huile de palme et que, par conséquent, le biocarburant dérivé de l'huile de palme national est indirectement frappé d'une taxe identique à celle qui frappe le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé.

l'huile de palme comme matière première pour la production de biocarburants et du biocarburant dérivé de l'huile de palme[1472], y compris vers l'Union européenne.[1473]

7.1174. L'Union européenne est le premier producteur de biodiesel dans le monde[1474] et la France est l'un des principaux producteurs et consommateurs de biodiesel dans l'Union européenne.[1475] L'huile de colza, l'huile de palme et l'huile de soja sont les matières premières les plus utilisées pour la production de biodiesel en France.[1476] Ainsi, la France produit du biocarburant dérivé de l'huile de colza, du biocarburant dérivé de l'huile de soja et du biocarburant dérivé de l'huile de palme. L'huile de colza est la principale source de matières premières pour la production de biodiesel dans l'Union européenne[1477] et en France[1478], de sorte que la plupart du biocarburant dérivé de cultures oléagineuses produit en France est du biocarburant dérivé de l'huile de colza. La France produit également du biocarburant dérivé de l'huile de soja et du biocarburant dérivé de l'huile de palme, mais dans une moindre mesure.[1479] Comptabilisés ensemble, les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja représentent la majeure partie du biodiesel produit en France.

7.1175. Cela signifie que, en fait, le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé de Malaisie, qui constitue la totalité du biocarburant importé de ce Membre, est indirectement frappé d'une taxe supérieure à celle qui frappe les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja similaires produits en France, qui représentent la majorité des biocarburants produits en France.

7.1176. Le Groupe spécial constate donc, sans se prononcer sur la question de savoir si ces constatations additionnelles sont nécessaires pour que la Malaisie puisse établir le bien–fondé de son allégation au titre de l'article III:2, que la situation dans laquelle, du fait que le biocarburant dérivé de l'huile de palme est exclu du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France, le biocarburant dérivé de l'huile de palme est indirectement frappé d'une taxe "supérieure" à celle qui frappe les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja est, en fait, une situation dans laquelle les produits importés sont frappés de taxes supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires.

#### 7.2.2.1.6 Conclusion concernant la première phrase de l'article III:2

7.1177. Pour les raisons exposées plus haut, le Groupe spécial conclut que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est incompatible avec la première phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 parce qu'elle a pour effet que les taxes intérieures qui frappent le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé sont supérieures à celles qui frappent les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja nationaux similaires.

---

[1472] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 27; UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 25.

[1473] USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce MYS-139), page 29; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2019 (pièce EU-128), page 32; USDA FAS, "GAIN Report, Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2015 (pièce MYS-77), page 27.

[1474] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 27; UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 25.

[1475] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 28; UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 24; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce MYS-139), pages 25 et 26; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2019 (pièce EU-128), pages 28 et 29; USDA FAS, "GAIN Report, Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2015 (pièce MYS-77), pages 22 à 27.

[1476] DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" (pièce EU-191), page 6; Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 16.

[1477] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 30; UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 28; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce MYS-139), page 27; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2019 (pièce EU-128), page 30; USDA FAS, "GAIN Report, Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2015 (pièce MYS-77), page 25.

[1478] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 30; UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 28; DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" (pièce EU-191), page 6; Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 16.

[1479] DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" (pièce EU-191), page 6; Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 16.

### 7.2.2.2 Deuxième phrase de l'article III:2

#### 7.2.2.2.1 Introduction

7.1178. Le Groupe spécial examine maintenant l'allégation de la Malaisie au titre de la deuxième phrase de l'article III:2.

7.1179. La Malaisie affirme[1480] que, si le Groupe spécial devait constater que la mesure en cause n'est pas incompatible avec la première phrase de l'article III:2, l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, de la mesure TIRIB de la France est incompatible avec la deuxième phrase de l'article III:2. Elle estime que: i) l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux sont des produits directement concurrents ou directement substituables; ii) l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'huile de palme en tant que matière première pour la production de biocarburants ne sont pas frappés d'une taxe semblable à celle qui frappe l'essence et le diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de cultures oléagineuses national et leurs matières premières pour la production de biocarburants; et iii) la taxation dissemblable de ces produits directement concurrents ou directement substituables est appliquée de manière à protéger la production nationale.

7.1180. L'Union européenne affirme[1481] que la Malaisie n'a pas démontré que la mesure TIRIB de la France constituait une violation de la deuxième phrase de l'article III:2. Plus spécifiquement, elle soutient que la Malaisie n'a pas démontré que les produits pertinents étaient "directement concurrents ou directement substituables" au sens de la deuxième phrase de l'article III:2. De plus, même si elle ne conteste pas que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France signifie que les carburants contenant un tel biocarburant, qu'il soit importé ou produit dans le pays, peuvent être frappés d'une taxe différente de celle qui frappe les carburants contenant d'autres types de biocarburants, qu'ils soient importés ou produits dans le pays, elle conteste que cet écart de taxation soit lié à l'origine du produit, qu'il est supérieur au seuil *de minimis* pour être considéré comme une taxation dissemblable et qu'il est appliqué de manière à protéger la production nationale.

7.1181. Le Groupe spécial note que la Malaisie a indiqué que son allégation au titre de la deuxième phrase de l'article III:2 était formulée à titre subsidiaire par rapport à son allégation au titre de la première phrase. Il a déjà constaté qu'il y avait violation de la première phrase de l'article III:2 et que les produits en cause étaient "similaires" au sens étroit de cette phrase. Par conséquent, il pourrait arrêter là son analyse.

7.1182. Toutefois, le Groupe spécial relève que la similarité des produits en cause au titre de la première phrase de l'article III:2 est une question qui reste contestée et qui est certes moins claire que la "similarité" des produits relevant du champ plus large qui s'applique en ce qui concerne l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article III:4 et III:2, deuxième phrase. En outre, comme les produits similaires au sens de la première phrase ont été considérés comme un sous–ensemble des "produits directement concurrents ou directement substituables" au sens de la deuxième phrase[1482], les constatations de fait du Groupe spécial dans le contexte de son évaluation de la première phrase impliquent nécessairement un point de vue sur la question de savoir si les mêmes produits sont directement concurrents ou directement substituables aux fins de la deuxième phrase. Compte tenu de cela, et dans un souci d'exhaustivité, le Groupe spécial juge approprié d'examiner l'allégation de la Malaisie concernant la deuxième phrase de l'article III:2.[1483]

---

[1480] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1025 à 1059; deuxième communication écrite, paragraphes 353 à 405 et 410 à 418.

[1481] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1504 à 1561; deuxième communication écrite, paragraphes 295 à 312.

[1482] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphe 118. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Périodiques*, page 21.

[1483] Le Groupe spécial fait observer qu'il n'est pas nécessairement lié par le fait qu'une allégation est formulée comme une allégation présentée à titre subsidiaire. (Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la réduction à zéro*, paragraphes 274 à 279.)

#### 7.2.2.2.2 Critère juridique

7.1183. La deuxième phrase de l'article III:2 dispose ce qui suit:

> En outre, aucun Membre n'appliquera, d'autre façon, de taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier.*

7.1184. La deuxième phrase de l'article III:2 doit être lue conjointement avec la note additionnelle relative à l'article III:2, qui dispose ce qui suit:

> Une taxe satisfaisant aux prescriptions de la première phrase du paragraphe 2 ne doit être considérée comme incompatible avec les dispositions de la deuxième phrase que dans le cas où il y a concurrence entre, d'une part, le produit imposé et, d'autre part, un produit directement concurrent ou un produit qui peut lui être directement substitué et qui n'est pas frappé d'une taxe semblable.

7.1185. L'article III:1, auquel il est fait référence dans la deuxième phrase de l'article III:2, dispose que les Membres:

> reconnaissent que les taxes et autres impositions intérieures, ainsi que les lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur et les réglementations quantitatives intérieures prescrivant le mélange, la transformation ou l'utilisation en quantités ou en proportions déterminées de certains produits ne devront pas être appliqués aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale.*

7.1186. La deuxième phrase de l'article III:2 a été interprétée et appliquée dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.1187. Sur la base du texte de la deuxième phrase de l'article III:2, lue conjointement avec la note additionnelle y relative, un plaignant doit démontrer les quatre éléments ci–après pour établir l'existence d'une incompatibilité avec cette disposition:

a. la mesure est une taxe ou autre imposition intérieure appliquée, directement ou indirectement, à des produits;

b. les produits importés et les produits nationaux en cause sont directement concurrents ou peuvent être directement substitués les uns par rapport aux autres;

c. ces produits directement concurrents ou directement substituables ne sont pas frappés d'une taxe semblable; et

d. la taxation dissemblable de ces produits directement concurrents ou directement substituables est "appliquée … de manière à protéger la production nationale".[1484]

7.1188. En ce qui concerne le premier élément, le Groupe spécial a déjà constaté que la mesure TIRIB de la France entrait dans le champ de l'article III:2.

7.1189. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à la deuxième phrase de l'article III:2 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

[1484] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 28.

#### 7.2.2.2.3 Produits directement concurrents ou directement substituables

7.1190. Le Groupe spécial commence par la question de savoir si les produits en cause sont directement concurrents ou directement substituables au sens de l'article III:2.

7.1191. La Malaisie estime que si le Groupe spécial constate que l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme ne sont pas similaires à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, les mêmes arguments et éléments de preuve amènent à conclure que ces produits sont directement concurrents ou directement substituables au sens de la deuxième phrase de l'article III:2.[1485]

7.1192. L'Union européenne affirme que la Malaisie ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait de démontrer que le biocarburant dérivé de l'huile de palme et d'autres biocarburants dérivés de cultures étaient directement concurrents ou directement substituables.[1486] Elle dit que la Malaisie a simplement démontré qu'il apparaissait que les biocarburants dérivés de l'huile de palme, de l'huile de soja et de l'huile de colza étaient dans un rapport de concurrence, mais n'a pas cherché à savoir quelle était l'intensité de ce rapport de concurrence. Pour l'Union européenne, la Malaisie n'a pas décrit d'une quelconque façon l'étendue du rapport de concurrence entre ces produits sur le marché français, qui est caractérisé par le fait que la France exige une TLF de −15 °C pour l'hiver, ce qui influence grandement la mesure dans laquelle l'EMP peut remplacer d'autres biodiesels.[1487]

7.1193. Le Groupe spécial note que la Malaisie compare l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux, et fait valoir que ces produits sont directement concurrents ou directement substituables au sens de la première phrase de l'article III:2. Toutefois, la deuxième phrase de l'article III:2 concerne le traitement de produits importés par rapport au traitement de produits nationaux directement concurrents ou directement substituables. Par conséquent, la comparaison aux fins de l'analyse des produits directement concurrents ou directement substituables doit être une comparaison entre des produits importés et des produits nationaux, et non entre un produit national contenant un intrant importé et un produit national contenant un intrant national.[1488] Par conséquent, aux fins de son analyse des produits directement concurrents ou directement substituables, le Groupe spécial comparera le biocarburant dérivé de l'huile de palme et les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, et non l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux.

7.1194. Le Groupe spécial note également que la Malaisie fait valoir que l'huile de palme en tant que matière première pour la production de biocarburants et les autres matières premières provenant de cultures oléagineuses pour la production de biocarburants sont directement concurrentes ou directement substituables au sens de la deuxième phrase de l'article III:2; et que l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants et les autres matières premières pour biocarburants directement concurrentes ou directement substituables d'origine nationale sont frappées de taxes dissemblables de manière à protéger la production nationale. Le Groupe spécial note que l'argument de la Malaisie concernant l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants repose sur le même fondement que son argument selon lequel le biocarburant dérivé de l'huile de palme et les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux sont frappés de taxes dissemblables de manière à protéger la production nationale. Pour les mêmes raisons que celles qui sont exposées plus haut[1489] au sujet de l'argument de la Malaisie concernant les matières premières pour biocarburants au titre de la première phrase de l'article III:2, le Groupe spécial ne juge pas nécessaire de formuler des constatations additionnelles sur l'huile de palme en tant que matière première pour la production de biocarburants pour arriver à une solution positive du présent

[1485] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1028 et 1029.
[1486] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1510.
[1487] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1511 et 1512.
[1488] La Malaisie a fait valoir qu'il y avait une taxation dissemblable non pas entre l'essence et le carburant diesel importés et l'essence et le carburant diesel nationaux, mais entre l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux.
[1489] Voir plus haut les paragraphes 7.1132 à 7.1135.

différend ou pour aider l'ORD à statuer et à faire des recommandations ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.

7.1195. Le Groupe spécial rappelle que, tant pour l'analyse des produits similaires au titre de la première phrase de l'article III:2 que pour l'analyse de la compétitivité et de la substituabilité directes au titre de la deuxième phrase de l'article III:2, il faut examiner le rapport de concurrence entre les produits importés et les produits nationaux, mais que les produits similaires entrent dans une catégorie plus étroite que celle des produits directement concurrents ou directement substituables, de sorte que le degré de concurrence et de substituabilité requis au titre de la première phrase est plus élevé que celui qui est requis au titre de la deuxième phrase.[1490] Il rappelle en outre que les produits qui sont presque parfaitement substituables peuvent être des produits similaires, tandis que les produits qui sont en concurrence à un degré moindre entreraient dans le champ de l'article III:2, deuxième phrase.[1491]

7.1196. Le Groupe spécial a déjà constaté que le rapport de concurrence entre les produits en cause sur le marché français suffisait à justifier une constatation selon laquelle, s'agissant des EMAG et de l'HVH, même dans le champ plus étroit des produits similaires de la première phrase de l'article III:2, les biocarburants produits à partir d'huile de colza et d'huile de soja étaient similaires au biocarburant dérivé de l'huile de palme. Les constatations de fait formulées par le Groupe spécial dans le contexte de la constatation selon laquelle le rapport de concurrence entre les produits en cause suffisait à les rendre "similaires" dans le champ étroit de la première phrase de l'article III:2, signifient que, pour les mêmes raisons, et *a fortiori*, les produits sont directement concurrents ou directement substituables dans le champ plus large de la deuxième phrase de l'article III:2.

7.1197. Le Groupe spécial constate donc que, s'agissant des EMAG et de l'HVH, les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja et le biocarburant dérivé de l'huile de palme sont directement concurrents et directement substituables au sens de la deuxième phrase de l'article III:2.

#### 7.2.2.2.4 Taxation dissemblable

7.1198. Le Groupe spécial examine maintenant la question de savoir si le biocarburant importé dérivé de l'huile de palme et les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux ne sont pas frappés d'une taxe semblable.

7.1199. La Malaisie soutient que l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'huile de palme en tant que matière première pour la production de biocarburants ne sont pas frappés d'une taxe semblable à celle qui frappe l'essence et le diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme national et leurs matières premières pour la production de biocarburants.[1492] Elle affirme que, tandis que l'essence et les carburants diesel qui contiennent des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses autres que l'huile de palme sont admissibles au bénéfice de la réduction du taux de la TIRIB française, l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme ne bénéficient pas de cette réduction. Pour la Malaisie, en conséquence, pour l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé, un taux de taxe plus élevé est imposé, par rapport à la taxe perçue sur l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de cultures oléagineuses national.[1493]

7.1200. L'Union européenne affirme que l'incorporation de biocarburants importés dérivés de l'huile de soja, de l'huile de colza et de l'huile de tournesol, et de biocarburants produits à partir de déchets et de graisses animales ainsi que de biocarburants de deuxième génération, déclenche la même réduction que s'il s'agissait de biocarburants nationaux; et que, inversement, l'incorporation de biocarburant dérivé de l'huile de palme national n'entraîne aucune réduction. Pour l'Union européenne, ce n'est pas l'incorporation de biocarburants nationaux par rapport à des biocarburants importés qui déclenche la réduction, mais plutôt le type de biocarburant qui est incorporé, quelle que soit son origine.[1494] Elle ajoute que le débat tenu au Parlement français au

[1490] Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 148.
[1491] Rapports de l'Organe d'appel *Philippines – Spiritueux distillés*, paragraphe 149.
[1492] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1045.
[1493] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1033 et 1039.
[1494] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1523 et 1524.

sujet de l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de soja de la mesure TIRIB de la France à partir de 2022 confirme que la mesure TIRIB de la France établit une distinction en fonction des cultures, pour des motifs de protection de l'environnement, de réduction des émissions de GES, d'atténuation des changements climatiques et de conservation de la biodiversité, et non en fonction du point de savoir si les cultures sont importées ou produites dans le pays.[1495]

7.1201. Le Groupe spécial a déjà constaté que le biocarburant importé dérivé de l'huile de palme était indirectement frappé d'une taxe supérieure à celle qui frappait les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja nationaux similaires. Il y a donc un écart de taxation entre les produits en cause.

7.1202. L'Organe d'appel a précisé que pour que les produits "ne soient pas frappés d'une taxe semblable" au sens de la deuxième phrase de l'article III:2, la charge fiscale pesant sur les produits importés devait être plus lourde que celle pesant sur les produits nationaux directement concurrents ou directement substituables et devait être plus que *de minimis*. Une détermination sur le point de savoir si la charge fiscale était plus que *de minimis* ne pouvait être faite qu'au cas par cas.[1496] Les groupes spéciaux devaient examiner le marché dont il était question et les produits proprement dits, et évaluer si l'écart de taxation avait une incidence sur le marché.[1497]

7.1203. À cet égard, la Malaisie présente un exemple d'un opérateur économique mettant à la consommation un volume de 200 000 hectolitres d'essence et de carburants diesel en 2020 et 2021. Selon elle:

a. Si l'opérateur économique inclut une part de biocarburants renouvelables admissibles au bénéfice de la réduction de la taxe de 7,92%, soit 0,08% de moins que le pourcentage d'incorporation cible, le montant de la taxe pour le diesel en 2020 sera: 200 000 hL * 101 EUR/hL * 0,08% = 16 160 EUR; et le montant de la taxe pour l'essence et le carburant diesel en 2021 sera: 200 000 hL * 104 EUR/hL * 0,08% = 16 640 EUR. Si du biocarburant dérivé de l'huile de palme devait être incorporé dans l'essence et les carburants diesel, il serait comptabilisé non pas dans les 7,92%, mais dans les 0,08%.[1498]

b. Si l'opérateur économique inclut plutôt 4,09% de biocarburant dérivé de l'huile de palme et 3,91% de biocarburant dérivé de l'huile de colza, le montant de la TIRIB sera: 200 000 hL * 101 EUR/hL * 4,09% = 826 180 EUR pour 2020; 200 000 hL * 104 EUR/hL * 4,09 = 850 720 EUR pour 2021.[1499]

c. Si l'opérateur économique n'inclut aucun biocarburant, ou inclut uniquement du biocarburant dérivé de l'huile de palme, le montant de la TIRIB sera: 200 000 hL * 101 EUR/hL * 8% = 1 616 000 EUR en 2020 et 200 000 hL * 104 EUR/hL * 8% = 1 664 000 EUR en 2021.[1500]

7.1204. La Malaisie affirme que la différence dans la taxation est bien plus que *de minimis*. La raison en est que si la part de biocarburant dérivé de l'huile de colza incorporée dans l'essence et les carburants diesel est supérieure ou égale au pourcentage cible national pour l'utilisation d'énergies renouvelables dans le secteur des transports (8% en 2020 et 2021), la taxe est nulle, auquel cas la différence dans la taxation entre les deux catégories de produits similaires est nettement plus importante et donc largement supérieure au niveau *de minimis*.[1501]

7.1205. L'Union européenne fait valoir que, même si le Groupe spécial devait constater qu'il y a un écart de taxation, il constaterait tout de même qu'il ne dépasse pas le seuil *de minimis* car, lorsqu'un opérateur économique en France mettait à la consommation de l'essence et des carburants diesel qui n'incluaient aucun biocarburant ou qui incluaient uniquement du biocarburant dérivé de l'huile de palme, le montant de la TIRIB en 2021 était de 0,08 EUR par litre de biocarburant, par rapport à la TIRIB de 0 EUR par litre applicable dans les cas où les objectifs d'incorporation de biocarburants

[1495] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1531 à 1535.
[1496] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 31.
[1497] Rapport du Groupe spécial *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphes 7.90 et 7.91.
[1498] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1035.
[1499] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1036.
[1500] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1038.
[1501] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1040.

renouvelables étaient pleinement atteints (8%). Pour l'Union européenne, la différence n'est certainement pas importante. Elle ajoute que les calculs effectués par la Malaisie surestiment la TIRIB exigible, étant donné que les recettes de la TIRIB se sont élevées à 900 000 EUR en 2018 et à 600 000 EUR en 2019, pour l'ensemble de la France, et que les taux d'incorporation de biocarburants renouvelables atteints en 2019 étaient de 7,3% et de 7,9% (en termes de volume réel), respectivement, pour les secteurs du diesel et de l'essence, pour des objectifs d'incorporation qui étaient de 7,9% cette année-là au niveau national.[1502]

7.1206. Comme il a été expliqué précédemment, sur la base des exemples donnés dans la section 2 du présent rapport pour illustrer le fonctionnement de la formule relative à la TIRIB, si le diesel mis à la consommation contient 8% (ou plus) de sources d'énergies renouvelables, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, le taux de la TIRIB serait de zéro EUR par hectolitre. Par comparaison avec le montant total du taux de la TIRIB de 8,08 EUR par hectolitre si le diesel mis à la consommation ne contient aucune source d'énergies renouvelables, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, mais contient 8% (ou plus) de biocarburant dérivé de l'huile de palme, la différence dans la taxation serait de 8,08 euros par hectolitre.

7.1207. Le Groupe spécial considère que la simple possibilité d'obtenir un taux de taxe de zéro EUR par hectolitre en satisfaisant pleinement l'objectif d'incorporation suffit pour avoir une grande incidence sur le marché, en encourageant l'utilisation de biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, ce qui permet à ces biocarburants d'être en concurrence pour une part du marché des carburants et ce qui exclut le biocarburant dérivé de l'huile de palme de la concurrence pour cette part du marché des carburants.

7.1208. L'incidence sur le marché peut être illustrée par le fait qu'avant d'annoncer une baisse dans l'utilisation de l'huile de palme comme matière première pour biocarburants, Total avait contesté sans succès l'exclusion du biocarburant dérivé du palmier à huile du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France.[1503] En outre, cela est encore renforcé par la qualification par l'UE de la taxe comme étant centrée "sur l'augmentation du coût de l'utilisation de carburants qui ne contiennent pas une quantité suffisante d'énergie renouvelable, créant ainsi une incitation à l'utilisation de ceux qui contiennent une telle quantité".[1504]

7.1209. Compte tenu de ce qui précède, de l'avis du Groupe spécial, la charge fiscale pesant sur le biocarburant importé dérivé de l'huile de palme qui résulte de la différence dans la taxation est plus lourde que celle qui pèse sur les produits nationaux directement concurrents ou directement substituables, et est plus que *de minimis*. Par conséquent, la différence dans la taxation équivaut à une taxation dissemblable au sens de la deuxième phrase de l'article III:2.

7.1210. La Malaisie fait également référence à un amendement ayant prescrit la comptabilisation de la part du biocarburant dérivé de l'huile de colza à sa valeur réelle majorée de 20%. Elle dit que, du 1er août 2020 au 31 décembre 2021, toute part d'EMAG dont la TLF était d'au plus −10 °C a été comptabilisée à 20% de plus que sa valeur réelle aux fins de la mesure TIRIB de la France. Elle affirme que seul le biocarburant dérivé de l'huile de colza, dont la valeur de la TLF est de −14 °C, a bénéficié de l'amendement comptable relatif au calcul de la réduction de la TIRIB française. Selon la Malaisie, l'essence et le carburant diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme ont été exclus du bénéfice de cette majoration comptable parce que la valeur de leur TLF est supérieure à -10 °C. Pour elle, cela renforce sa conclusion que l'écart de charge fiscale entre les produits importés et les produits nationaux est largement supérieur au niveau *de minimis*.[1505]

7.1211. L'Union européenne soutient que l'incitation temporaire, qui était en vigueur du 1er août 2020 au 31 décembre 2020 et n'a pas été prorogée, ne fait pas de distinction entre les biocarburants produits dans le pays et les biocarburants importés, et ne peut donc pas être une base

[1502] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1540 à 1544.
[1503] Article de presse, 11 octobre 2019 (pièce MYS-245); et THEN24, "TotalEnergies will no longer use palm oil from 2023" (pièce EU-324).
[1504] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1425.
[1505] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1046 à 1050.

valable pour une allégation concernant l'écart de taxation entre les biocarburants nationaux et les biocarburants importés.[1506]

7.1212. Le Groupe spécial a déjà constaté l'existence d'une taxation dissemblable au sens de la deuxième phrase de l'article III:2, indépendamment de l'existence de l'amendement comptable relatif à la TLF du biocarburant dérivé de l'huile de colza, qui a été en vigueur du 1er août 2020 au 31 décembre 2020. Par conséquent, il n'est pas nécessaire qu'il se prononce sur la majoration comptable, car cela ne ferait que renforcer la conclusion concernant la taxation dissemblable à laquelle il est déjà parvenu.

7.1213. Le Groupe spécial constate donc que, en raison de l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France, le biocarburant importé dérivé de l'huile de palme et les produits nationaux similaires que sont les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja ne sont pas frappés d'une taxe semblable.

#### 7.2.2.2.5 De manière à protéger la production nationale

7.1214. Le Groupe spécial examine maintenant la question de savoir si la taxation dissemblable de ces produits importés et ces produits nationaux directement concurrents ou directement substituables est appliquée de manière à protéger la production nationale.

7.1215. La Malaisie fait valoir que la mesure TIRIB de la France est appliquée de manière à protéger les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux et leurs matières premières parce que l'écart de taxation est suffisamment important pour que l'on conclue qu'elle est appliquée à des fins de protection; et parce qu'elle est conçue de manière à encourager l'incorporation dans l'essence et les carburants diesel de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux et de leurs matières premières, comme le biocarburant dérivé de l'huile de colza et sa matière première, au détriment du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé.[1507] Elle affirme que la conception et la structure de la mesure TIRIB de la France démontrent que cette mesure est appliquée à des fins de protection, parce qu'elle exclut du champ de la réduction de la taxe l'essence et les carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé, et donc le biocarburant dérivé de l'huile de palme et l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants, tandis que l'essence et les carburants diesel qui contiennent des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux, et donc les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux et leurs matières premières, bénéficient de la réduction de la taxe. La Malaisie ajoute que la majoration comptable pour le biocarburant ayant une TLF d'au plus –10 °C aux fins de la quantification de la réduction de la taxe n'a profité qu'au biocarburant dérivé de l'huile de colza produit dans le pays.[1508]

7.1216. L'Union européenne conteste que son cadre juridique pour les énergies renouvelables ainsi que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France sont conçus pour protéger les produits nationaux. Elle fait valoir que le biocarburant dérivé de l'huile de palme n'est pas exclu du champ de la mesure TIRIB de la France parce qu'il est importé, car le biocarburant dérivé de l'huile de palme national est également visé par la même exclusion, ce qui a eu de graves conséquences pour les investissements et l'emploi en France. L'Union européenne affirme que, malgré ces conséquences, le législateur français a rejeté la proposition du gouvernement français d'assouplir cette exclusion, évoquant l'incidence sur l'environnement et le changement climatique de la culture de l'huile de palme et les préoccupations morales connexes, conformément à l'objectif même et à la structure révélatrice de la TIRIB française.[1509]

7.1217. L'Organe d'appel a expliqué que la question de savoir si une taxation dissemblable "conférait une protection" aux fins de la deuxième phrase de l'article III:2 n'était pas une question d'intention, mais concernait plutôt la structure de la mesure en question et son application aux

[1506] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1525 à 1530.
[1507] Malaisie, première communication écrite, paragraphes, 1055, 1057 et 1058; deuxième communication écrite, paragraphe 415.
[1508] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1055 et 1056; deuxième communication écrite, paragraphe 417.
[1509] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1551 et 1552.

produits nationaux par rapport aux produits importés.[1510] Il a également déclaré que, bien que l'objectif d'une mesure puisse ne pas être facile à identifier, l'application de cette mesure à des fins de protection pouvait être déterminée, le plus souvent, d'après sa "conception, ses principes de base et sa structure révélatrice".[1511] L'application d'une taxation dissemblable à des fins de protection ne pouvait être déterminée que "cas par cas, compte tenu de tous les faits pertinents".[1512] Dans certains cas, l'ampleur de la différence de taxation pouvait être un élément de preuve d'une telle application à des fins de protection.[1513]

7.1218. L'analyse par le Groupe spécial de la structure et de l'application de la TIRIB française révèle qu'il s'agit d'une taxe qui varie en fonction de la mesure dans laquelle le carburant mis à la consommation atteint les objectifs d'incorporation établis pour les sources d'énergies renouvelables. Les biocarburants, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, sont considérés comme des sources d'énergies renouvelables aux fins de la TIRIB française, mais les produits à base d'huile de palme ne peuvent pas être considérés comme des sources d'énergies renouvelables.

7.1219. Comme il a déjà été expliqué, du fait que les produits à base d'huile de palme ne peuvent pas être considérés comme des sources d'énergies renouvelables aux fins de la TIRIB française ou, plus spécifiquement, du fait que le biocarburant dérivé de l'huile de palme est exclu du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France, s'il y a incorporation de biocarburant dérivé de l'huile de palme dans le diesel en vue de la satisfaction d'une quelconque partie de l'objectif d'incorporation, en remplacement de sources d'énergies renouvelables, la charge fiscale pesant sur ce diesel augmentera proportionnellement à la quantité de biocarburant dérivé de l'huile de palme incorporée. En revanche, s'il y a incorporation de biocarburants dérivés de l'huile de colza et/ou de l'huile de soja dans le diesel en vue de la satisfaction d'une quelconque partie de l'objectif d'incorporation, la charge fiscale pesant sur ce diesel diminuera proportionnellement à la quantité de biocarburants dérivés de l'huile de colza et/ou de l'huile de soja incorporée, avec la possibilité d'obtenir un taux de taxe de zéro EUR par hectolitre si l'objectif d'incorporation est entièrement satisfait. Le Groupe spécial a déjà constaté que la simple possibilité d'obtenir un taux de taxe de zéro EUR par hectolitre en satisfaisant entièrement l'objectif d'incorporation suffisait pour encourager l'utilisation de biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, ce qui permettait à ces biocarburants d'être en concurrence pour une part du marché des carburants et ce qui excluait le biocarburant dérivé de l'huile de palme de la concurrence pour cette part du marché des carburants.

7.1220. Le Groupe spécial rappelle que la Malaisie est l'un des deux plus grands producteurs mondiaux d'huile de palme, et qu'elle produit et exporte de l'huile de palme comme matière première pour la production de biocarburant et du biocarburant dérivé de l'huile de palme[1514], y compris vers l'Union européenne.[1515] Pour sa part, la France est l'un des principaux producteurs et consommateurs mondiaux de biodiesel dans l'Union européenne[1516], et produit du biocarburant dérivé de l'huile de colza, du biocarburant dérivé de l'huile de soja et du biocarburant dérivé de l'huile de palme.[1517] Bien que la majeure partie du biocarburant dérivé de cultures oléagineuses produit en France soit du biocarburant dérivé de l'huile de colza[1518], celle–ci produit également du

[1510] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 31.
[1511] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 33.
[1512] Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphe 137.
[1513] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 33.
[1514] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 27; UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 25.
[1515] USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce MYS-139), page 29; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2019 (pièce EU-128), page 32; USDA FAS, "GAIN Report, Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2015 (pièce MYS-77), page 27.
[1516] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 28; UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 24; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce MYS-139), pages 25 et 26; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2019 (pièce EU-128), pages 28 et 29; USDA FAS, "GAIN Report, Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2015 (pièce MYS-77), pages 22 à 27.
[1517] DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" (pièce EU-191), page 6; Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 16.
[1518] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 30; UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièces EU-121, MYS-212), page 28; DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" (pièce EU-191), page 6; Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 16.

biocarburant dérivé de l'huile de soja et du biocarburant dérivé de l'huile de palme, mais dans une moindre mesure.[1519] Comptabilisés ensemble, les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja représentent la majeure partie du biodiesel produit en France.

7.1221. Cela signifie que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France a pour effet d'encourager l'utilisation de biocarburant dérivé de l'huile de colza, qui est le biocarburant dérivé de cultures oléagineuses que la France produit le plus, et l'utilisation de biocarburant dérivé de l'huile de soja, qui est également produit en France mais dans une moindre mesure, à l'avantage des producteurs nationaux français de ces biocarburants et au détriment des importations de biocarburant dérivé de l'huile de palme en provenance de Malaisie. Par conséquent, en excluant le biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles, la mesure TIRIB de la France a pour effet de protéger les producteurs français de biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja.

7.1222. La Malaisie soutient par ailleurs que la mesure française est un programme de soutien mis en œuvre dans le cadre général de la Directive RED II et du Règlement délégué et que, par conséquent, toute argumentation concernant l'intention protectionniste des mesures de l'UE, d'une manière générale, est également pertinente pour démontrer le véritable objectif poursuivi par la mesure TIRIB de la France. Elle se réfère en outre au rôle que des motivations protectionnistes ont pu jouer pour ce qui est de mettre en avant la législation au sein de la législature française.[1520]

7.1223. L'Union européenne soutient que les déclarations faites par des membres de la législature française lors de débats parlementaires démontrent que la mesure TIRIB française est motivée principalement par des préoccupations environnementales.[1521] Elle affirme que le fait que les autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses ne sont pas visés par la même exclusion de la mesure TIRIB de la France s'explique objectivement à la fois par l'analyse de l'UE concernant les cultures à risque élevé de CIAS et leur part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, ainsi que par les renseignements fournis par les autorités françaises, qui ont conclu, par exemple, que la forte augmentation de la production de colza en France entre 2005 et 2008 avait eu un effet limité sur la déforestation.[1522] Pour l'Union européenne, le fait de ne pas traiter ce type de biocarburant de la même façon que le biocarburant dérivé de l'huile de palme aux fins de la mesure TIRIB de la France est en cohérence avec l'objectif de la TIRIB française en matière de changement climatique et d'environnement, et le fait que l'incorporation de biocarburant importé dans le carburant mis à la consommation en France contribue à la mesure TIRIB de la France confirme que la structure, la conception et l'application de la mesure ne consistent pas à protéger les produits nationaux.[1523]

7.1224. Le Groupe spécial a centré son analyse sur la structure et l'application de la mesure proprement dite, et a constaté, sur cette base, que la mesure TIRIB de la France avait pour effet de protéger les producteurs français de biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja. Dans ces circonstances, il estime qu'il n'est pas nécessaire, aux fins de l'évaluation de l'allégation au titre de la deuxième phrase de l'article III:2, de s'attarder aux objectifs exprimés par certains législateurs ou aux préoccupations de politique publique qui peuvent sous–tendre la mesure.

7.1225. Le Groupe spécial constate donc que la mesure TIRIB de la France a pour effet de protéger les producteurs français de biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, ce qui suffit dans les circonstances du présent différend pour conclure que la taxation dissemblable est appliquée "de manière à protéger la production nationale" au sens de la deuxième phrase de l'article III:2.

#### 7.2.2.2.6 Conclusion concernant la deuxième phrase de l'article III:2

7.1226. Le Groupe spécial conclut que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est incompatible

[1519] DGEC, "Panorama 2019 – Biocarburants incorporés en France" (pièce EU-191), page 6; Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 16.

[1520] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1059; deuxième communication écrite, paragraphe 416.

[1521] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1555 à 1567.

[1522] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1553.

[1523] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1554; deuxième communication écrite, paragraphe 308.

avec la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 parce qu'elle entraîne une taxation dissemblable entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja nationaux directement concurrents ou directement substituables, et que cette taxation dissemblable est appliquée de manière à protéger la production nationale.[1524]

#### 7.2.2.3 Article I:1

##### 7.2.2.3.1 Introduction

7.1227. Ayant examiné les allégations relatives aux obligations de traitement national énoncées dans les première et deuxième phrases de l'article III:2, le Groupe spécial examine maintenant si la mesure TIRIB de la France est incompatible avec l'obligation NPF énoncée à l'article I:1.

7.1228. La Malaisie affirme[1525] que l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, de la mesure TIRIB de la France est incompatible avec l'article I:1 parce qu'elle établit une discrimination à l'égard de cette essence et de ces carburants diesel et, indirectement, à l'encontre du biocarburant dérivé de l'huile de palme malaisien et de sa matière première, tout en favorisant l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés similaires, et donc les autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés similaires et leurs matières premières d'origine étrangère. Plus spécifiquement, elle affirme que: i) l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, de la mesure TIRIB de la France entre dans le champ d'application de l'article I:1; ii) l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé sont similaires à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés; iii) l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, de la mesure TIRIB de la France constitue un avantage accordé à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés similaires; et iv) cet avantage n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme et à l'huile de palme en tant que matière première pour la production de biocarburants.

7.1229. L'Union européenne affirme[1526] que l'allégation de la Malaisie au titre de l'article I:1 devrait être rejetée. Plus spécifiquement, elle ne conteste pas que la mesure TIRIB de la France est une question qui peut relever de l'article III:2 et, par conséquent, de l'article I:1 également. Toutefois, elle soutient que la Malaisie n'a pas démontré que les produits pertinents étaient similaires au sens de l'article I:1, première phrase. En outre, bien que l'Union européenne ne conteste pas que la mesure TIRIB de la France confère un avantage, elle conteste que cet avantage n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu au produit similaire originaire de tous les autres Membres de l'OMC.

##### 7.2.2.3.2 Critère juridique

7.1230. L'article I:1 dispose ce qui suit:

> Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions, l'ensemble de la réglementation et

[1524] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1021.
[1525] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 974 à 999; deuxième communication écrite, paragraphes 353 à 406.
[1526] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1562 à 1577; deuxième communication écrite, paragraphes 313 et 314.

des formalités afférentes aux importations ou aux exportations ainsi que toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III.*

7.1231. Comme il a déjà été indiqué dans le contexte de l'évaluation par le Groupe spécial de l'allégation au titre de l'article I:1 concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, un plaignant doit démontrer les éléments suivants pour établir qu'il y a incompatibilité avec l'article I:1:

a. la mesure en cause entre dans le champ d'application de l'article I:1;

b. les produits importés en cause sont des produits similaires au sens de l'article I:1;

c. la mesure en cause accorde un avantage, une faveur, un privilège ou une immunité pour un produit originaire du territoire de tout pays; et

d. l'avantage ainsi accordé n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu aux produits similaires originaires du territoire de tous les Membres.[1527]

7.1232. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article I:1 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.2.2.3.3 Champ d'application de l'article I:1

7.1233. Le Groupe spécial commence par la question de savoir si la mesure TIRIB de la France entre dans le champ d'application de l'article I:1.

7.1234. La Malaisie affirme que, en démontrant que l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, de la mesure TIRIB de la France était une question visée à l'article III:2, elle a établi qu'elle entrait dans le champ de l'article I:1.[1528] Elle soutient également que la similarité des produits n'est pas pertinente pour déterminer si une mesure est une question visée à l'article III:2.[1529]

7.1235. L'Union européenne affirme que la TIRIB française est une taxe intérieure et que la France est un Membre de l'OMC, de sorte que la TIRIB française est une question qui peut relever de l'article III:2 et, par conséquent, de l'article I:1 également.[1530] Elle affirme, toutefois, que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France crée un écart de taxation entre des produits dont la Malaisie n'a pas démontré qu'ils étaient similaires ou directement concurrents ou directement substituables, de sorte que le Groupe spécial devrait conclure que l'exclusion de la mesure TIRIB de la France n'est pas une question relevant de l'article III:2 et, par conséquent, de l'article I:1.[1531]

7.1236. Le Groupe spécial observe que l'article I:1 couvre un large éventail de mesures, y compris "toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III". Ainsi, les questions intérieures soumises à l'obligation de traitement national énoncée à l'article III:2 et III:4 relèvent également de l'obligation NPF énoncée à l'article I:1.[1532] Elles comprennent les taxes intérieures qui frappent, directement ou indirectement, les produits, visées à l'article III:2.

7.1237. Le Groupe spécial a déjà constaté que la TIRIB française était une taxe intérieure qui frappait, directement ou indirectement, les produits et qui entrait dans le champ de l'article III:2, et que, par conséquent, la mesure TIRIB de la France, en tant que caractéristique de la TIRIB française, entrait également dans le champ de l'article III:2. Comme la mesure TIRIB de la France entre dans le champ de l'article III:2, il s'agit d'une question qui fait l'objet de l'article III:2 et qui entre de ce fait dans le champ de l'article I:1.

---

[1527] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.86.
[1528] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 977 et 978.
[1529] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 356.
[1530] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1563.
[1531] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1564 et 1565.
[1532] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.80.

7.1238. Comme la Malaisie le soutient, et contrairement à ce que l'Union européenne fait valoir, la question de savoir si les produits concernés sont similaires est dénuée de pertinence pour déterminer si la mesure TIRIB de la France entre dans le champ de l'article I:1. Même s'il était constaté que les produits concernés ne sont pas "similaires", la TIRIB française serait quand même une taxe intérieure frappant des produits, soumise à l'obligation NPF énoncée à l'article I:1, et la mesure TIRIB de la France, en tant que caractéristique de la TIRIB française, entrerait quand même dans le champ d'application de l'article I:1 du GATT de 1994.

7.1239. Le Groupe spécial constate donc que la mesure TIRIB de la France entre dans le champ d'application de l'article I:1.

#### 7.2.2.3.4 Produits similaires

7.1240. Le Groupe spécial examine maintenant la question de savoir si les produits en cause sont des produits similaires au sens de l'article I:1.

7.1241. La Malaisie affirme que le biocarburant dérivé de l'huile de palme et l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants sont similaires à d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses et à leurs matières premières respectives, et que l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme sont donc similaires à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses aux fins de l'article I:1. Elle renvoie à ses arguments dans le contexte de ses allégations concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.[1533]

7.1242. L'Union européenne dit qu'elle a déjà expliqué, par rapport à l'article III:2, que la Malaisie n'avait pas démontré que le biocarburant dérivé de l'huile de palme était similaire à tous les autres biodiesels ou seulement à l'EMC et l'EMS, ni montré que ces produits étaient directement concurrents ou directement substituables, notamment sur le marché français. Pour l'Union européenne, il s'ensuit que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France crée un écart de taxation entre des produits dont la Malaisie n'a pas démontré qu'ils étaient similaires ou directement concurrents ou directement substituables.[1534]

7.1243. Le Groupe spécial note que la Malaisie compare l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés, et fait valoir que ces produits sont similaires au sens de l'article III:1. Toutefois, l'article I:1 concerne le traitement de produits importés par rapport au traitement d'autres produits importés similaires. Par conséquent, la comparaison aux fins de l'analyse des produits similaires doit être une comparaison entre des produits importés, et non entre un produit national contenant un intrant importé et un produit national contenant un autre intrant importé.[1535] Par conséquent, aux fins de son analyse des produits similaires, le Groupe spécial comparera le biocarburant dérivé de l'huile de palme et les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, et non l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés.

7.1244. Le Groupe spécial note que la Malaisie fait valoir que l'huile de palme en tant que matière première pour la production de biocarburants est similaire à d'autres matières premières dérivées de cultures oléagineuses pour la production de biocarburants au sens de l'article I:1, et que la mesure TIRIB de la France établit une discrimination à l'encontre de l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants, tout en favorisant d'autres matières premières pour biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires d'origines différentes. Le Groupe spécial note que l'argument de la Malaisie concernant l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants repose sur le même fondement que son argument concernant le biocarburant dérivé de l'huile de palme. Pour les mêmes raisons que celles qui sont exposées plus haut[1536] au sujet de

[1533] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 990.
[1534] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1564.
[1535] La Malaisie a fait valoir qu'il y avait une discrimination non pas entre l'essence et les carburants diesel similaires d'origines différentes, mais entre l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés.
[1536] Voir plus haut les paragraphes 7.1132 à 7.1135.

l'argument de la Malaisie concernant les matières premières pour biocarburants au titre de la première phrase de l'article III:2, le Groupe spécial ne juge pas nécessaire de formuler des constatations additionnelles sur l'huile de palme en tant que matière première pour la production de biocarburants pour arriver à une solution positive du présent différend ou pour aider l'ORD à statuer et à faire des recommandations ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.

7.1245. Le Groupe spécial rappelle qu'il a déjà constaté que, s'agissant des EMAG et de l'HVH, les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja étaient similaires au biocarburant dérivé de l'huile de palme au sens étroit de la première phrase de l'article III:2. Les constatations de fait qu'il a formulées dans le contexte de la constatation selon laquelle le rapport de concurrence entre les produits en cause suffisait à les rendre similaires dans le champ étroit de la première phrase de l'article III:2, signifie que, pour les mêmes raisons, et *a fortiori*, ces produits sont similaires dans le champ plus large de l'article I:1.

7.1246. Le Groupe spécial constate donc que, s'agissant des EMAG et de l'HVH, les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja sont similaires au biocarburant dérivé de l'huile de palme au sens de l'article I:1.

#### 7.2.2.3.5 Avantage accordé à un produit originaire du territoire de tout autre pays

7.1247. Le Groupe spécial examine maintenant si l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, de la mesure TIRIB de la France accorde un avantage à d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés similaires.

7.1248. La Malaisie affirme que l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, de la mesure TIRIB de la France constitue un avantage accordé à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses autres que le biocarburant dérivé de l'huile de palme, quelle que soit leur origine, et donc, indirectement, aux biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés autres que le biocarburant dérivé de l'huile de palme et à leurs matières premières respectives.[1537] Elle affirme qu'une réduction de la taxe est mise à la disposition de l'essence et du diesel incorporant des biocarburants d'énergies renouvelables, mais exclut l'essence et les carburants diesel dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme.[1538] Elle fait valoir que les opérateurs économiques favoriseront les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses autres que le biocarburant dérivé de l'huile de palme, dont l'incorporation dans le carburant peut déclencher un taux de taxe moins élevé ou nul.[1539] Pour la Malaisie, donc, l'avantage d'être admis à bénéficier d'un taux de taxe moins élevé et, de ce fait, de meilleures possibilités de concurrence, est accordé à d'autres biocarburants de cultures oléagineuses importés dérivés, mais pas au biocarburant dérivé de l'huile de palme.[1540]

7.1249. L'Union européenne ne conteste pas que la mesure TIRIB de la France accorde un avantage aux fins de l'article I:1.[1541]

7.1250. Des groupes spéciaux antérieurs ont estimé que les avantages au sens de l'article I:1 étaient ceux qui créaient des possibilités de concurrence plus favorables ou qui modifiaient le rapport commercial entre des produits d'origines différentes.[1542] Ils ont également constaté qu'un avantage existait lorsqu'une mesure modifiait les conditions de concurrence de certains produits importés par rapport à d'autres produits importés similaires.[1543] L'analyse au titre de l'article I:1 devrait être axée sur l'incidence d'une mesure sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires, plutôt que sur les effets réels d'une mesure sur le commerce.[1544]

[1537] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 984.
[1538] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 984 à 986.
[1539] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 987.
[1540] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 986 à 989.
[1541] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1567.
[1542] Rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – Volaille (Chine)*, paragraphe 7.415, et *Colombie – Bureaux d'entrée*, paragraphe 7.341.
[1543] Rapports du Groupe spécial *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.1041.
[1544] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.87.

7.1251. Le Groupe spécial rappelle que la TIRIB française est une taxe qui varie en fonction de la mesure dans laquelle le carburant mis à la consommation atteint les objectifs d'incorporation établis pour les sources d'énergies renouvelables. Les biocarburants, y compris les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, sont considérés comme des sources d'énergies renouvelables aux fins de la TIRIB française, mais les produits à base d'huile de palme ne peuvent pas être considérés comme des sources d'énergies renouvelables. Comme il a été expliqué, s'il y a incorporation de biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja dans le diesel en vue de la satisfaction d'une quelconque partie de l'objectif d'incorporation, la charge fiscale pesant sur ce diesel diminuera proportionnellement à la quantité de biocarburants dérivés de l'huile de colza et/ou de l'huile de soja qui a été incorporée, avec la possibilité d'obtenir un taux de taxe de zéro EUR par hectolitre si l'objectif d'incorporation a été entièrement satisfait.

7.1252. Le Groupe spécial considère qu'un taux de taxe moins élevé, qui peut même être nul, crée incontestablement des possibilités de concurrence plus favorables pour les produits qui peuvent bénéficier de cet avantage. De fait, lorsqu'ils sont incorporés dans le carburant en vue de la satisfaction des objectifs d'incorporation, les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja originaires du territoire de tout pays peuvent bénéficier d'un avantage sous la forme d'un taux de taxe moins élevé, qui peut même être nul, et cet avantage permet à ces biocarburants d'être en concurrence pour une part du marché des carburants.

7.1253. Le Groupe spécial constate donc que la mesure TIRIB de la France accorde un avantage aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja originaires du territoire de tout pays.

#### 7.2.2.3.6 Qui n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu aux produits similaires originaires du territoire de tous les Membres

7.1254. Le Groupe spécial examine maintenant la question de savoir si l'avantage accordé aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja originaires du territoire de tout pays est, immédiatement et sans condition, étendu au biocarburant importé dérivé de l'huile de palme.

7.1255. La Malaisie affirme que l'avantage accordé à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés similaires et à leurs matières premières n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent du biocarburant importé dérivé de l'huile de palme et à l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants.[1545] Elle dit que, en subordonnant la mesure TIRIB de la France à la classification des biocarburants en tant que biocarburants renouvelables, et en excluant le biocarburant dérivé de l'huile de palme de cette classification et, par conséquent, de la gamme des produits pouvant bénéficier de la réduction de la taxe, on a introduit une condition à l'octroi d'un avantage, ce qui a une incidence préjudiciable sur les possibilités de concurrence de l'essence et des carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme importé de Malaisie et de l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants, et établit donc une discrimination à leur égard.[1546]

7.1256. L'Union européenne affirme que la mesure TIRIB de la France accorde un avantage aux biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux ou importés autres que le biocarburant dérivé de l'huile de palme national ou importé. Par conséquent, pour l'Union européenne, la mesure TIRIB de la France n'accorde pas à un produit originaire de tout pays un avantage qui n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu au produit similaire originaire de tous les autres Membres de l'OMC.[1547]

7.1257. Le Groupe spécial observe que les produits à base d'huile de palme ne peuvent pas être considérés comme des sources d'énergies renouvelables aux fins de la TIRIB française ou, plus spécifiquement, que le biocarburant dérivé de l'huile de palme est exclu du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France. Cela signifie que l'avantage qui est accordé aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja au moyen de la mesure TIRIB de

[1545] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 997.
[1546] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 993 à 996.
[1547] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1568 et 1569.

la France n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu au biocarburant dérivé de l'huile de palme.

7.1258. L'Union européenne affirme que la mesure TIRIB de la France est une mesure neutre quant à l'origine, qui crée un écart de taxation dans le groupe des produits similaires identifiés par la Malaisie comme étant tous les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, mais que l'écart de prix créé ne cible pas n'importe quelles importations, et encore moins les importations en provenance de tout Membre de l'OMC.[1548] Elle ajoute que, pour comprendre si la mesure établit une discrimination entre les produits similaires d'un Membre et les produits d'autres Membres, il est nécessaire d'examiner l'ensemble du groupe des produits qui sont similaires, nationaux et importés.[1549] Selon l'Union européenne, la Malaisie aurait dû évaluer l'incidence de la distinction réglementaire introduite par la mesure TIRIB de la France sur l'ensemble du groupe des produits similaires, ceux–ci étant produits par les différents Membres de l'OMC, mais elle se concentre sur les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, et procède donc à une analyse partielle qui ne peut démontrer aucune incidence asymétrique de la mesure sur l'ensemble du groupe des produits importés similaires.[1550]

7.1259. Pour l'Union européenne, le simple fait que la Malaisie n'exporte pas vers l'UE d'huiles végétales pour la production de biocarburants autres que l'huile de palme brute et raffinée ne dit pas grand–chose sur le point de savoir si elle fait l'objet d'une discrimination par rapport à d'autres Membres lorsque tous les produits qui devraient être inclus dans la comparaison sont pris en considération.[1551]

7.1260. Le Groupe spécial observe que l'article I:1 prescrit que tout avantage accordé à un produit, et non à certains produits, originaire de tout autre pays, et non de certains autres pays, est, immédiatement et sans condition, étendu au produit similaire originaire de tous les autres Membres, et non de certains autres Membres.[1552] Un plaignant n'a pas besoin de démontrer les effets sur le commerce de la mesure en cause, de sorte que l'analyse devrait être centrée sur l'incidence d'une mesure donnée sur l'égalité des possibilités de concurrence pour les produits importés similaires.[1553]

7.1261. S'il a été constaté que le biocarburant dérivé de l'huile de palme était similaire aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja, la comparaison qui doit être faite aux fins de l'obligation NPF n'est pas entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé de Malaisie et le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé de tout autre pays, mais entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé de Malaisie et les produits similaires que sont les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja importés de tout autre pays. Selon cette comparaison, il est clair que l'avantage qui est accordé aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja originaires du territoire de tout pays n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu au biocarburant similaire dérivé de l'huile de palme originaire du territoire de la Malaisie. De l'avis du Groupe spécial, cela suffit pour constater que cet élément de l'analyse a été établi.

7.1262. En tout état de cause, et pour illustrer encore ce point, le Groupe spécial observe que la Malaisie est un important producteur de biocarburant dérivé de l'huile de palme[1554], qu'elle exporte ce biocarburant vers l'Union européenne[1555] et que ce biocarburant ne peut pas bénéficier de l'avantage accordé par la mesure TIRIB de la France; et que la France, qui est l'un des grands consommateurs de biodiesel dans l'Union européenne[1556], importe du biodiesel en provenance de

[1548] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1570.
[1549] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1571.
[1550] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1577.
[1551] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1574.
[1552] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.87; et *Canada – Automobiles*, paragraphe 79.
[1553] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.87 et note de bas de page 1019.
[1554] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 27; UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2019/2020 (pièce MYS-212), page 25.
[1555] USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce MYS-139), page 29; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2019 (pièce EU-128), page 32; USDA FAS, "GAIN Report, Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2015 (pièce MYS-77), page 27.
[1556] FAS, "GAIN Biofuels Annual: European Union", 22 June 2021 (pièce MYS-139), pages 25 et 26; USDA FAS, "GAIN Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2019 (pièce EU-128), pages 28 et 29; USDA FAS, "GAIN Report, Biofuels Annual: EU-28", 15 July 2015 (pièce MYS-77), pages 22 à 27.

l'Union européenne[1557], principalement du biocarburant dérivé de l'huile de colza[1558], et que ce biocarburant peut bénéficier de l'avantage accordé par la mesure TIRIB de la France.

7.1263. Le Groupe spécial constate donc que l'avantage accordé aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja originaires du territoire de tout pays n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu au biocarburant similaire dérivé de l'huile de palme originaire du territoire de la Malaisie.

#### 7.2.2.3.7 Conclusion concernant l'article I:1

7.1264. Le Groupe spécial conclut que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 parce qu'elle accorde aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja importés un avantage qui n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu au biocarburant dérivé de l'huile de palme similaire importé de Malaisie.

### 7.2.2.4 Article XX – Exceptions générales

#### 7.2.2.4.1 Introduction

7.1265. Ayant constaté que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France était incompatible avec l'article III:2 et l'article I:1, le Groupe spécial examine maintenant l'invocation des exceptions générales prévues à l'article XX par l'Union européenne.

7.1266. L'Union européenne affirme[1559] que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France est justifiée au regard de l'article XX a) ("nécessaires à la protection de la moralité publique"), de l'article XX b) ("nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux") et de l'article XX g) ("se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables"). Elle dit que les arguments figurant dans son moyen de défense en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent *mutatis mutandis* à l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France et doivent être considérés comme faisant partie intégrante de sa réponse aux allégations de la Malaisie au titre du GATT concernant la mesure TIRIB de la France.[1560]

7.1267. La Malaisie rejette[1561] le moyen de défense de l'Union européenne au titre de l'article XX en ce qui concerne la mesure TIRIB de la France et affirme que ses arguments et éléments de preuve réfutant le moyen de défense de l'Union européenne au titre de l'article XX en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent *mutatis mutandis* à l'exclusion des biocarburants dérivés de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France.[1562]

7.1268. Le Groupe spécial observe tout d'abord que, comme l'Organe d'appel l'a expliqué, les aspects d'une mesure devant être justifiés au regard des alinéas de l'article XX sont ceux qui donnent lieu à la constatation d'incompatibilité au titre du GATT de 1994.[1563] Il a conclu que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la

[1557] Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 62.
[1558] UFOP, Approvisionnement du marché mondial 2020/2021 (pièce MYS-11), page 30.
[1559] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1578 à 1585; deuxième communication écrite, paragraphes 315 à 318.
[1560] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1580.
[1561] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 350.
[1562] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 350.
[1563] Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.185. De plus, dans l'affaire *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, l'Organe d'appel a observé ce qui suit: "[L]orsqu'on invoque l'article XX d) pour justifier une incompatibilité avec l'article III:4, l'élément dont on doit démontrer qu'il est "nécessaire" est le traitement donnant lieu à la constatation de l'existence d'un traitement moins favorable. Donc, lorsque l'existence d'un traitement moins favorable est constatée sur la base de différences dans la réglementation des importations et des produits nationaux similaires, l'analyse d'un moyen de défense au titre de l'article XX d) devrait être axée sur la question de savoir si ces différences de réglementation sont "nécessaires"". (Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes (Philippines)*, paragraphe 177)

mesure TIRIB de la France était incompatible avec le GATT. Par conséquent, il concentrera son analyse sur l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France, car il s'agit de l'aspect de la mesure qui a donné lieu à la constatation d'incompatibilité.

7.1269. Le Groupe spécial observe aussi que, étant donné le recours des parties à leurs arguments concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, il fera principalement référence à son analyse du moyen de défense de l'Union européenne au titre de l'article XX concernant cette mesure. Il note, toutefois, que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France n'est pas identique à tous égards à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Il inclura donc dans la présente section, selon qu'il sera nécessaire, des explications supplémentaires sur la manière dont ses constatations en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'appliquent à l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France.

#### 7.2.2.4.2 Critère juridique

7.1270. L'Union européenne invoque, en ce qui concerne la mesure TIRIB de la France, les mêmes exceptions prévues à l'article XX que celles qu'elle invoque en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Pour plus de commodité, le Groupe spécial rappelle que la partie pertinente de l'article XX (Exceptions générales) dispose ce qui suit:

> Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures:
>
> a) nécessaires à la protection de la moralité publique;
>
> b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux;
>
> …
>
> g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales.

#### 7.2.2.4.3 Évaluation du Groupe spécial

##### 7.2.2.4.3.1 Article XX b) – nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux

7.1271. L'Union européenne affirme que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France est compatible avec ses objectifs consistant à éviter que la demande d'énergies renouvelables contribue à l'augmentation des émissions de gaz à effet de serre et que celles–ci aggravent la perte de biodiversité.[1564] Pour l'Union européenne, la préservation de la biodiversité et de l'environnement entre dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux.[1565]

7.1272. La Malaisie rejette l'affirmation de l'Union européenne.[1566]

7.1273. Dans le contexte de son analyse de l'article XX b) en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le Groupe spécial a estimé que cette mesure

[1564] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1579 et 1581.
[1565] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1583.
[1566] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 350.

visait à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.1274. En ce qui concerne la mesure TIRIB de la France, le Groupe spécial relève qu'il est expliqué dans l'introduction de la Circulaire du 18 août 2020 que cette mesure contribue à la réalisation de l'objectif de l'Union européenne consistant à avoir 10% de consommation finale d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans toutes les formes de transport en 2020, comme il est prévu dans la Directive RED I, modifiée; et que cet objectif s'insère dans un objectif contraignant plus large d'une part d'au moins 20% d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'Union européenne d'ici à 2020.[1567]

7.1275. En ce qui concerne le traitement fiscal des produits à base d'huile de palme plus spécifiquement, il est expliqué à l'article 46 de la Circulaire du 18 août 2020 que, depuis le 1er janvier 2020, conformément à l'article 266*quindecies* du Code des douanes français, les produits à base d'huile de palme ne sont plus considérés comme des biocarburants et que, par conséquent, les biocarburants produits à partir d'huile de palme ne sont plus pris en compte aux fins de la mesure TIRIB de la France.[1568] Il est également expliqué aux articles 48 et 49, en ce qui concerne l'élimination progressive de la mesure TIRIB de la France pour certaines matières premières à risque élevé de CIAS, qu'elle résulte du Règlement délégué, adopté sur la base de l'article 26.2 de la Directive RED II, que seuls les produits à base d'huile de palme présentent un risque élevé de CIAS, et que le législateur national français n'entendait pas retenir une définition du risque élevé de CIAS différente de celle qui était fixée en application des dispositions de l'article 26.2 de la Directive RED II.[1569] De plus, le rapport du Parlement français de 2020 sur les biocarburants indique que, comme les biocarburants dérivés de l'huile de palme sont considérés, au niveau européen, comme présentant un risque élevé de CIAS, l'article 266*quindecies*, dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 2019, dispose que les produits à base d'huile de palme ne sont pas considérés comme des biocarburants.[1570] En outre, le Conseil constitutionnel français a confirmé que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France répondait aux préoccupations concernant le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures et au risque élevé de CIAS présenté par la culture du palmier à huile.[1571]

7.1276. Le Groupe spécial considère que la référence aux objectifs de la Directive RED I, le fait de s'appuyer sur la Directive RED II et le Règlement délégué pour considérer que les produits à base d'huile de palme présentent un risque élevé de CIAS, et les explications du rapport du Parlement français et du Conseil constitutionnel français démontrent que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des produits admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France poursuit les mêmes objectifs que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Par conséquent, de l'avis du Groupe spécial, son raisonnement concernant l'identification de l'objectif de la mesure en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'applique *mutatis mutandis* à l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France. Pour les mêmes raisons que celles qu'il a déjà exposées concernant l'évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article XX b) du GATT, le Groupe spécial constate que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des produits admissibles aux fins de la TIRIB française a pour objectif de limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures, que cet objectif se rapporte à

[1567] Circulaire du gouvernement français du 18 août 2020 (pièce EU-197), page 6.
[1568] Circulaire du gouvernement français du 18 août 2020 (pièce EU-197), page 19.
[1569] Circulaire du gouvernement français du 18 août 2020 (pièce EU-197), page 19.
[1570] Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), page 49.
[1571] Dans sa décision de 2019, qui concerne une contestation de la mesure TIRIB de la France, le Conseil constitutionnel français explique que le législateur français a cherché à réduire les émissions de GES tant directes qu'indirectes, causées par la substitution de cultures agricoles destinées à produire des biocarburants à celles destinées à l'alimentation, conduisant à la mise en culture, à des fins alimentaires, de terres non agricoles présentant un important stock de carbone, telles que les forêts ou les tourbières. Le Conseil constitutionnel français explique aussi que le législateur s'est fondé sur le constat que l'huile de palme se singularise par la forte croissance et l'importante extension de la surface mondiale consacrée à sa production, en particulier sur des terres riches en carbone, ce qui entraîne la déforestation et l'assèchement des tourbières. Il ajoute que le législateur a ainsi tenu compte du fait que la culture de l'huile de palme présente un risque élevé, supérieur à celui présenté par la culture d'autres plantes oléagineuses, d'induire indirectement une hausse des émissions de GES. (Rapport n° 2609 du Parlement français (pièce EU-205), pages 50 et 51)

la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux, et qu'il existe un lien suffisant entre le Membre qui réglemente et les activités qui sont réglementées.

7.1277. En ce qui concerne le critère de la nécessité, l'Union européenne affirme que la mesure satisfait au niveau de connexion requis avec les objectifs recherchés, étant donné qu'elle apporte une contribution réelle à la protection de certaines valeurs clés qui sont de la plus haute importance en France tout en entraînant un degré minimal de caractère restrictif pour le commerce, et qu'il n'y a pas de mesures de rechange raisonnablement disponibles qui apporteraient une contribution tout aussi effective aux objectifs poursuivis.[1572]

7.1278. La Malaisie rejette les affirmations de l'Union européenne.[1573]

7.1279. Dans le contexte de son analyse de l'article XX b) en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le Groupe spécial a considéré que son analyse au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC s'appliquait *mutatis mutandis* à son analyse au titre de l'article XX b). En particulier, il a fait référence à ses constatations selon lesquelles la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était nécessaire pour réaliser son objectif, au motif qu'elle était à même d'apporter une contribution importante à l'accomplissement de cet objectif, et qu'il s'agissait du critère approprié à appliquer après le soupesage et la mise en balance de son caractère restrictif pour le commerce et des risques que la non–réalisation de l'objectif entraînerait. Le Groupe spécial a donc constaté qu'aucune des mesures de rechange présentées par la Malaisie ne démontrait que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.1280. En ce qui concerne le caractère restrictif pour le commerce, le Groupe spécial a considéré que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était restrictive pour le commerce car elle établissait une limitation de la quantité totale de biocarburants dérivés de cultures pouvant être comptabilisés aux fins de la réalisation de l'objectif de 14% dans l'Union européenne, l'intégralité de la demande de biocarburants conventionnels dans l'UE étant essentiellement définie par le régime RED. Il a considéré que la mesure avait par conséquent, de par sa conception, un "effet limitatif sur le commerce" dans la mesure où des biocarburants dérivés de cultures étaient importés dans l'Union européenne.[1574] Le Groupe spécial rappelle que le fait que l'Union européenne a créé le marché en question ne modifiait pas cette évaluation. De l'avis du Groupe spécial, un raisonnement très semblable s'applique à son analyse en ce qui concerne l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France. Cette exclusion est restrictive pour le commerce car elle établit une limitation pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme devant être inclus dans le groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France et, par conséquent, devant être comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs d'incorporation fixés par la France, l'intégralité de la demande de biocarburants conventionnels en France étant essentiellement définie par ces objectifs d'incorporation.

7.1281. En ce qui concerne la contribution à l'objectif, le Groupe spécial a considéré que, même s'il n'était pas possible de quantifier la mesure dans laquelle la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS contribuait à l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures, cette mesure était à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Comme le Groupe spécial l'a expliqué, cette conclusion découle du fait que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a, de par sa conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation dans l'UE des biocarburants dérivés de cultures dont il a été déterminé qu'ils étaient à risque élevé de CIAS. De l'avis du Groupe spécial, un raisonnement très semblable s'applique à son analyse en ce qui concerne l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France. L'exclusion est à même d'apporter une contribution importante

[1572] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1584.
[1573] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 350.
[1574] Le Groupe spécial rappelle que, lorsque la conception et la structure de la mesure suffisent à établir qu'elle aura un effet limitatif sur le commerce, il n'est pas nécessaire de formuler des constatations sur les effets réels sur le commerce, ou les effets prévus, de la mesure contestée. (Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 6.392.)

à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures, car elle a, de par sa conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation en France de biocarburant dérivé de l'huile de palme, dont il a été déterminé qu'il était à risque élevé de CIAS.

7.1282. Le raisonnement du Groupe spécial relatif à l'identification de l'objectif, au caractère restrictif pour le commerce et à la contribution à l'objectif en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'applique de manière très semblable à l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France. De l'avis du Groupe spécial, son analyse du soupesage et de la mise en balance de ces éléments en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS s'applique mutatis *mutandis* à l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France. Par conséquent, pour les mêmes raisons que celles qu'il a déjà exposées en ce qui concerne l'évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article XX b) du GATT, le Groupe spécial conclut à titre préliminaire que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est nécessaire pour réaliser l'objectif de limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.1283. Le Groupe spécial a déjà constaté qu'aucune des mesures de rechange présentées par la Malaisie ne démontrait que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Comme la Malaisie ne fait référence à aucune mesure de rechange autre que celles qu'elle a présentées, et que le Groupe spécial a déjà évaluées, en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le même raisonnement s'applique en ce qui concerne l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France.

7.1284. Pour ces raisons, le Groupe spécial conclut que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est provisoirement justifiée en tant que mesure nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux au sens de l'article XX b).

#### 7.2.2.4.3.2 Article XX g) – se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables

7.1285. L'Union européenne affirme que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France relève des politiques relatives à la conservation des ressources naturelles épuisables, biologiques et non biologiques, et que cette exclusion est impartiale dans la mesure où elle s'applique aux biocarburants pertinents, qu'ils soient d'origine nationale ou importés.[1575]

7.1286. Dans le contexte de son analyse de l'article XX g) en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le Groupe spécial a considéré que, comme cette mesure avait, de par sa conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation dans l'UE des biocarburants dérivés de cultures dont il avait été déterminé qu'ils étaient à risque élevé de CIAS, la mesure était à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Pour cette raison, il a considéré que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était une mesure "se rapportant à" la conservation des ressources naturelles épuisables, notamment les terres présentant un important stock de carbone (forêts, zones humides et tourbières).[1576]

[1575] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1582.

[1576] Par ailleurs, outre le fait que les terres présentant un important stock de carbone sont une ressource naturelle épuisable en elles-mêmes et à elles seules, le Groupe spécial a considéré que les mesures prises pour conserver ces terres et éviter ainsi les émissions de GES qui seraient libérées par leur utilisation étaient liées à la conservation d'un large éventail de ressources naturelles épuisables qui étaient menacées par l'augmentation des émissions de GES et les changements climatiques.

7.1287. À son avis, le même raisonnement s'applique à son analyse en ce qui concerne l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France. Pour les mêmes raisons que celles qu'il a déjà exposées en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article XX g) du GATT, le Groupe spécial constate que, comme l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France a, de par sa conception, un effet limitatif sur la demande et la consommation en France des biocarburants dérivés de cultures dont il a été déterminé qu'ils étaient à risque élevé de CIAS, la mesure est à même d'apporter une contribution importante à l'objectif de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Pour cette raison, il constate que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est une mesure "se rapportant à" la conservation des ressources naturelles épuisables, notamment les terres présentant un important stock de carbone (forêts, zones humides et tourbières).

7.1288. Le Groupe spécial a également considéré, dans le contexte de son analyse de l'article XX g) en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, que cette mesure satisfaisait à la prescription selon laquelle elle devait être appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales, car cette mesure, en elle–même, avait pour but et comme résultat de restreindre la demande et la consommation dans l'UE de biocarburants dérivés de cultures dont il a été déterminé qu'ils étaient à risque élevé de CIAS conformément à la formule énoncée à l'article 3 du Règlement délégué. À son avis, le même raisonnement s'applique à son analyse en ce qui concerne l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France. Pour les mêmes raisons que celles qui ont déjà été exposées en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS dans le contexte de son évaluation antérieure au titre de l'article 2.2 et de l'article XX g), le Groupe spécial constate que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France, en elle–même, a pour but et comme résultat de restreindre la demande et la consommation en France de biocarburants dérivés de cultures dont il a été déterminé qu'ils étaient à risque élevé de CIAS.

7.1289. Pour ces raisons, le Groupe spécial conclut que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des produits admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est provisoirement justifiée en tant que mesure se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables qui est appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales au sens de l'article XX g).

#### 7.2.2.4.3.3 Article XX a) – nécessaires à la protection de la moralité publique

7.1290. L'Union européenne affirme que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France est conçue pour contribuer aux mêmes objectifs du cadre juridique de l'UE en matière d'énergies renouvelables, et que la société civile française et le législateur français considèrent que l'incidence environnementale de la culture du palmier à huile du point de vue du changement climatique et de la perte de biodiversité est un sujet de préoccupation morale.[1577] Pour l'Union européenne, l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France répond aux préoccupations morales en France liées au changement climatique, à la dégradation de l'environnement et à la perte de biodiversité.[1578]

7.1291. La Malaisie rejette l'affirmation de l'Union européenne.[1579]

7.1292. Dans le contexte de son analyse de l'article XX a) en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le Groupe spécial a considéré qu'une constatation sur le point de savoir si cette mesure était en outre justifiée au regard de l'article XX a) n'aurait pas d'incidence sur l'issue de la procédure. À son avis, le même raisonnement s'applique à son analyse en ce qui concerne l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France. Pour les mêmes raisons que celles qui ont déjà été exposées en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé

[1577] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1579.
[1578] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1583.
[1579] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 350.

de CIAS dans le contexte de l'évaluation antérieure du Groupe spécial au titre de l'article 2.2 et de l'article XX a), le Groupe spécial constate qu'il n'est pas nécessaire qu'il se prononce sur la question de savoir si l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est une mesure nécessaire à la protection de la moralité publique au titre de l'article XX a).

#### 7.2.2.4.3.4 Texte introductif – discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent

7.1293. S'agissant du texte introductif, l'Union européenne affirme que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du champ de la mesure TIRIB de la France est appliquée sans aucune discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent.[1580]

7.1294. La Malaisie rejette l'affirmation de l'Union européenne.[1581]

7.1295. Dans le contexte de son analyse du texte introductif en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, le Groupe spécial a conclu que cette mesure avait été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existaient parce que l'Union européenne n'avait pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants étaient à risque élevé de CIAS et qu'il y avait des lacunes dans la conception et la mise en œuvre des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS. Comme le Groupe spécial l'a expliqué dans ce contexte, ces constatations étaient basées sur son évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Plus spécifiquement, il apparaît au Groupe spécial que son évaluation de la question de savoir si l'incidence préjudiciable de cette mesure sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme découlait exclusivement d'une "distinction réglementaire légitime", aux fins de l'article 2.1, comportait l'application d'un critère juridique très semblable à celui qui est énoncé dans le texte introductif de l'article XX. C'est pour cette raison qu'il a considéré que ses constatations au titre de l'article 2.1 s'appliquaient *mutatis mutandis* à son évaluation de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au titre du texte introductif de l'article XX.

7.1296. Le Groupe spécial observe que l'Union européenne n'a pas fait valoir, ni signalé, l'existence de quelconques dispositions ou flexibilités pour la certification des biocarburants dérivés de l'huile de palme comme étant à faible risque de CIAS aux fins de la mesure TIRIB de la France. Si l'existence de lacunes dans la conception et la mise en œuvre des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS en ce qui concerne la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS suffit pour conclure que cette mesure a été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, *a fortiori* le fait que l'Union européenne n'a pas démontré l'existence de *quelconques* dispositions ou flexibilités pour la certification des biocarburants dérivés de l'huile de palme comme étant à faible risque de CIAS exige du Groupe spécial qu'il conclue que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France a été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent. En outre, comme le Groupe spécial l'a précédemment expliqué, la France s'est appuyée sur la Directive RED II et le Règlement délégué pour considérer que les produits à base d'huile de palme présentaient un risque élevé de CIAS, et le Groupe spécial a constaté que l'Union européenne n'avait pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants étaient à risque élevé de CIAS.

7.1297. Par conséquent, le Groupe spécial conclut que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France a été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent. Cela tient à ce que l'Union européenne n'a pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants étaient à risque élevé de

[1580] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1585.
[1581] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 350.

CIAS[1582] et n'a pas démontré l'existence de quelconques dispositions ou flexibilités pour la certification des biocarburants dérivés de l'huile de palme comme étant à faible risque de CIAS.

#### 7.2.2.4.4 Conclusion concernant l'article XX

7.1298. Le Groupe spécial constate ce qui suit:

a. l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est une mesure se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables qui est appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales au sens de l'article XX g);

b. l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est une mesure nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux au sens de l'article XX b);

c. il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est une mesure nécessaire à la protection de la moralité publique au titre de l'article XX a); et

d. l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France a été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent parce que l'Union européenne n'a pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants étaient à risque élevé de CIAS et n'a pas démontré l'existence de quelconques dispositions ou flexibilités pour la certification des biocarburants dérivés de l'huile de palme comme étant à faible risque de CIAS.

7.1299. Un membre du Groupe spécial est arrivé à une conclusion différente, exposée dans la section 7.4 du présent rapport.

### 7.2.3 Allégations au titre de l'Accord SMC

#### 7.2.3.1 Article premier – Existence d'une subvention

##### 7.2.3.1.1 Introduction

7.1300. Ayant examiné les allégations au titre du GATT de 1994 concernant la mesure TIRIB de la France, le Groupe spécial passe à présent aux allégations au titre de l'Accord SMC. Pour que ses allégations aboutissent, la Malaisie doit démontrer que la mesure contestée est une subvention au sens de l'article premier de l'Accord SMC.

7.1301. La Malaisie allègue qu'il y a une incompatibilité[1583] avec les dispositions de l'Accord SMC sur la base de la mesure TIRIB de la France. Elle affirme que la mesure TIRIB de la France crée une contribution financière sous la forme de recettes publiques normalement exigibles qui sont abandonnées ou ne sont pas perçues au sens de l'article 1.1 a) 1) ii). À titre subsidiaire, elle affirme également que la mesure TIRIB de la France est une forme de soutien des revenus au sens de

[1582] Par souci de clarté, le Groupe spécial indique qu'il ne suggère pas que, parallèlement à l'examen devant être effectué par l'Union européenne, la France était aussi censée procéder à un examen indépendant distinct des données utilisées pour déterminer quels biocarburants étaient à risque élevé de CIAS. En revanche, il estime que, comme la mesure TIRIB de la France s'appuie sur la détermination de l'Union européenne selon laquelle les produits à base d'huile de palme présentent un risque élevé de CIAS, sa constatation selon laquelle le fait que l'Union européenne n'a pas examiné les données utilisées pour faire cette détermination entraîne une discrimination arbitraire ou injustifiable s'applique nécessairement aussi à la mesure TIRIB française.

[1583] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1061 à 1213; deuxième communication écrite, paragraphes 428 à 524; réponses aux questions du Groupe spécial, pages 124 à 136; et observations sur les réponses de l'UE aux questions du Groupe spécial, pages 326 à 339.

l'article XVI du GATT de 1994 prévue à l'article 1.1 a) 2). La Malaisie estime en outre que la subvention alléguée confère un avantage.

7.1302. L'Union européenne estime[1584] qu'étant donné que le traitement fiscal contesté constitue le même traitement que le point de référence normatif approprié, les pouvoirs publics français n'abandonnent aucune recette qui est normalement exigible. Plus spécifiquement, l'Union européenne fait valoir que le traitement fiscal appliqué à tous les contribuables se trouvant dans des situations semblables est identique car les contribuables se trouvent dans des situations semblables au regard des principes de la mesure TIRIB de la France dans la mesure où ils contribuent de manière semblable à la satisfaction des objectifs d'incorporation du biocarburant admissible. Elle affirme que la mesure TIRIB de la France n'est pas une forme de soutien des revenus au sens de l'article XVI du GATT de 1994 prévue à l'article 1.1 a) 2), parce que la TIRIB française ne fait rien pour maintenir les revenus obtenus par les entités qui mettent du carburant à la consommation en France. L'Union européenne estime en outre qu'étant donné que la mesure TIRIB de la France ne prévoit aucune contribution financière et n'est pas une forme de soutien des revenus, elle ne peut pas conférer un avantage.

#### 7.2.3.1.2 Critère juridique

7.1303. L'article premier est intitulé "Définition d'une subvention" et est ainsi libellé:

> 1.1 Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister:
>
> a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les "pouvoirs publics"), c'est-à-dire dans les cas où:
>
> i) une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple, des garanties de prêt);
>
> ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt)[1585];
>
> iii) les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens;
>
> iv) les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics;
>
> ou
>
> a) 2) s'il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994;
>
> et

[1584] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1586 à 1654; deuxième communication écrite, paragraphes 319 à 334; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 1030 à 1065.

[1585] La note de bas de page relative à l'article 1.1 a) 1) ii) dispose ce qui suit: "Conformément aux dispositions de l'article XVI du GATT de 1994 (note relative à l'article XVI) et aux dispositions des Annexes I à III du présent accord, l'exonération, en faveur d'un produit exporté, des droits ou taxes qui frappent le produit similaire lorsque celui-ci est destiné à la consommation intérieure, ou la remise de ces droits ou taxes à concurrence des montants dus ou versés, ne seront pas considérées comme une subvention."

b) si un avantage est ainsi conféré.

1.2 Une subvention telle qu'elle a été définie au paragraphe 1 ne sera assujettie aux dispositions de la Partie II ou à celles des Parties III ou V que s'il s'agit d'une subvention spécifique au regard des dispositions de l'article 2.

7.1304. La définition d'une "subvention" donnée à l'article premier, y compris la notion de contribution financière sous la forme de recettes publiques normalement exigibles qui sont abandonnées ou ne sont pas perçues et d'avantage, a été interprétée et appliquée dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures. Pour ce qui est du soutien des revenus, cette expression précise n'a pas été interprétée ni appliquée dans une affaire antérieure. Les arguments des parties reflètent une divergence de vues sur la manière dont l'expression devrait être interprétée et appliquée aux faits de la cause en l'espèce. Le Groupe spécial note que l'expression étroitement liée "soutien des prix" figurant dans la même disposition a été interprétée et appliquée dans plusieurs affaires antérieures et peut donner des indications pour une analyse pertinente des questions présentées en l'espèce.

7.1305. Les parties conviennent que la détermination de ce qui est normalement exigible implique une comparaison entre les circonstances présentées et les circonstances qui règneraient normalement, ces dernières étant qualifiées de "point de référence normatif défini".[1586] Elles conviennent en outre qu'étant donné que les Membres "ont le pouvoir souverain de déterminer leurs propres règles d'imposition, la comparaison dans le cadre de l'article 1.1 a) 1) ii) de l'Accord SMC doit nécessairement se faire entre les règles d'imposition énoncées dans la mesure contestée et les autres règles d'imposition du Membre en question".[1587]

7.1306. Les parties sont d'accord sur l'approche analytique qui doit être appliquée pour examiner cette question. En particulier, elles conviennent que l'article 1.1 a) 1) ii) fait obligation à un groupe spécial:

a. d'identifier le traitement fiscal qui s'applique aux bénéficiaires allégués de la subvention;

b. d'identifier un point de référence aux fins de comparaison (par exemple une règle générale d'imposition); et

c. de comparer le traitement contesté, et ses raisons, avec le traitement fiscal servant de point de référence.[1588]

7.1307. La comparaison du traitement fiscal contesté avec le point de référence normatif défini déterminera la différence entre les recettes que l'on s'est effectivement procurées et les recettes que l'on se serait "normalement" procurées.[1589]

7.1308. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article premier, et en particulier la notion de contribution financière sous la forme de "recettes publiques normalement exigibles [qui] sont abandonnées ou ne sont pas perçues", de "soutien des revenus" et d'"avantage", selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend. Chacun de ces éléments sera évalué l'un après l'autre.

#### 7.2.3.1.3 Contribution financière

7.1309. La Malaisie affirme que le traitement fiscal contesté confère une contribution financière sous la forme de "recettes publiques normalement exigibles [qui] sont abandonnées ou ne sont pas perçues" au titre de l'article 1.1 a) 1) ii).[1590] L'Union européenne conteste cette affirmation.[1591] En ce qui concerne la contribution financière, il n'y a pas de désaccord entre les parties sur la question

[1586] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 90; et *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphes 87 à 89.
[1587] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 89.
[1588] Rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Taxation*, paragraphe 5.162.
[1589] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 90.
[1590] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1067.
[1591] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1620.

de savoir si la TIRIB française est imputable aux pouvoirs publics français et fonctionne sur le territoire français.

7.1310. La Malaisie souligne que l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme des biocarburants admissibles est au centre de ses allégations et formule ses arguments en conséquence. Elle estime en outre qu'au titre de la mesure TIRIB de la France, les produits similaires seraient soumis à la "même taxe, "si ce n'était" les règles fiscales appliquées par la France au titre de la mesure contestée".[1592] En d'autres termes, elle estime que la mesure TIRIB de la France accorde un traitement favorable au carburant contenant des biocarburants admissibles, mais que le biocarburant dérivé de l'huile de palme est traité comme équivalant au carburant fossile aux fins de la fiscalité car il n'est pas inclus parmi les biocarburants admissibles.

7.1311. Le Groupe spécial comprend que, de l'avis de la Malaisie, les biocarburants admissibles et le biocarburant dérivé de l'huile de palme devraient être considérés comme se trouvant dans des situations semblables par le régime d'imposition et devraient donc bénéficier d'un traitement fiscal semblable. Par conséquent, le traitement favorable des biocarburants admissibles, par rapport à celui du biocarburant dérivé de l'huile de palme, devrait être considéré comme une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) ii). Le Groupe spécial estime, toutefois, que les produits qui sont semblables (ou "similaires", voire identiques) du point de vue des caractéristiques, des utilisations, de la substituabilité, des méthodes de production, de la classification tarifaire, etc., du produit, ne se trouvent pas nécessairement dans des situations semblables du point de vue du régime d'imposition et des principes en matière d'imposition d'un Membre. À ce stade de l'analyse, le Groupe spécial doit se concentrer sur la question de savoir si le contribuable qui, selon les allégations, est subventionné reçoit de la part des pouvoirs publics l'équivalent fonctionnel d'un transfert direct de fonds sous la forme du montant des taxes normalement exigibles mais qu'il n'a pas été tenu de payer. Par conséquent, la question qui se pose au Groupe spécial n'est pas de savoir si des produits semblables sont frappés d'une taxe semblable, mais plutôt de savoir si le traitement contesté constitue le type de dérogation à ce régime d'imposition et à ces principes en matière d'imposition qui a eu pour effet que des recettes publiques normalement exigibles ont été abandonnées ou n'ont pas été perçues.

7.1312. Le Groupe spécial passe donc à l'analyse en trois étapes visant à déterminer s'il a été établi que "des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues" au titre de l'article 1.1 a) 1) ii). En particulier, le Groupe spécial: i) identifiera le traitement fiscal qui s'applique aux bénéficiaires allégués de la subvention; ii) identifiera un point de référence aux fins de comparaison (par exemple une règle générale d'imposition); et iii) comparera le traitement contesté, et ses raisons, avec le traitement fiscal servant de point de référence. Si le traitement contesté intervient en raison de l'application du régime d'imposition et de ses principes aux circonstances du contribuable qui, selon les allégations, est subventionné, alors les recettes publiques normalement exigibles ne sont pas abandonnées ou non perçues.

#### 7.2.3.1.3.1 Traitement fiscal applicable aux bénéficiaires allégués de la subvention

7.1313. Comme il est expliqué dans la section 2 du présent rapport, les entités qui procèdent à la mise à la consommation de carburant sur le territoire de la France sont tenues de payer la TIRIB en tant que taxe additionnelle qui varie en fonction de la mesure dans laquelle le contenu énergétique du carburant mis à la consommation atteint les objectifs d'incorporation fixés pour les sources d'énergie admissibles. Le Groupe spécial rappelle que la TIRIB s'applique en plus de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) et de la taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques (TICPE). Le montant de la TIRIB est déterminé selon la formule relative à la TIRIB.

7.1314. La formule relative à la TIRIB aboutit à un taux d'imposition qui varie d'une manière directement proportionnelle au facteur (OI % – IE %), qui est la différence entre l'incorporation d'énergie du biocarburant admissible visée en tant qu'objectif et l'incorporation effective du biocarburant admissible.

7.1315. Les parties s'accordent sur le fonctionnement essentiel de la TIRIB française. Le traitement fiscal contesté est le traitement des entités contribuables qui satisfont partiellement ou pleinement l'objectif d'incorporation du biocarburant admissible. En d'autres termes, le traitement des entités

[1592] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1078.

qui procèdent à la mise à la consommation de carburant en France avec un pourcentage IE % supérieur à zéro, produisant un facteur (OI % – IE %) inférieur à OI %.

#### 7.2.3.1.3.2 Évaluation préliminaire de points de référence normatifs possibles

7.1316. Le Groupe spécial passe à présent à une évaluation préliminaire du point de référence normatif approprié. Un examen du dossier laisse penser que l'on peut envisager quatre points de référence normatifs différents aux fins de comparaison avec le traitement fiscal contesté.

##### *Taxe générale sur les activités polluantes*

7.1317. Le Groupe spécial examine d'abord le caractère approprié de la taxe générale sur les activités polluantes en tant que point de référence normatif, comme le propose la Malaisie. Il apparaît que la taxe générale sur les activités polluantes reflète un cadre conceptuel pour l'imposition d'un certain niveau de taxation sur certaines activités polluantes.[1593] Sous un nom différent et au titre d'une version antérieure de la législation pertinente, la TIRIB a été classée comme une taxe dans le cadre de la taxe générale sur les activités polluantes.[1594]

7.1318. La Malaisie estime que la taxe générale sur les activités polluantes est le point de référence approprié car il est allégué qu'elle s'applique à tous les revenus comparables de tous contribuables se trouvant dans des situations comparables.[1595] La Malaisie considère que la taxe générale sur les activités polluantes est une règle générale d'imposition et le traitement fiscal contesté une exception à cette règle.[1596]

7.1319. Le Groupe spécial prend note du lien conceptuel et historique entre la taxe générale sur les activités polluantes et la TIRIB française. Il constate que la Malaisie n'a pas établi la nature du traitement fiscal prévu au titre de la taxe générale sur les activités polluantes.[1597] Au lieu de cela, les communications de la Malaisie indiquent exclusivement les différents traitements fiscaux prévus au titre de la TIRIB française. Dans la mesure où la Malaisie entend que la taxe générale sur les activités polluantes serve de régime fiscal plus général exclusivement lié au montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément à la formule relative à la TIRIB, le Groupe spécial constate que ce lien n'a pas été établi.[1598] De plus, il n'a pas été établi que la TIRIB française s'applique au lieu de la taxe générale sur les activités polluantes dans la mesure où les contribuables visés par la TIRIB française entreprennent aussi des activités polluantes associées à ces taxes.

7.1320. Le Groupe spécial constate que les traitements fiscaux associés à la taxe générale sur les activités polluantes ne correspondent pas à un montant des recettes "normalement exigibles" en ce qui concerne le traitement fiscal contesté. De fait, la TIRIB française est une taxe additionnelle payée par les entités en relation avec l'activité particulière de mise à la consommation de carburant sur le territoire de la France en tant que taxe additionnelle qui varie en fonction de la mesure dans laquelle le contenu énergétique du carburant mis à la consommation atteint les objectifs d'incorporation fixés pour les sources d'énergie admissibles.

7.1321. Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial constate que la taxe générale sur les activités polluantes n'est pas un point de référence normatif approprié en l'espèce.

---

[1593] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1423 et 1424.
[1594] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1423 et 1424.
[1595] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1074; et réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, pages 131 et 132.
[1596] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 444.
[1597] Malaisie, réponse à la question n° 196 du Groupe spécial, pages 131 et 132.
[1598] En tout état de cause, le Groupe spécial examinera plus loin le montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément à la formule relative à la TIRIB en tant que point de référence normatif possible.

***Traitement fiscal associé à la mise à la consommation de carburant satisfaisant pleinement les objectifs d'incorporation***

7.1322. Le deuxième traitement fiscal de référence normatif possible, tel que proposé par l'Union européenne, est le traitement fiscal associé à la mise à la consommation en France de carburant qui satisfait pleinement les objectifs d'incorporation pour les biocarburants admissibles.

7.1323. L'Union européenne affirme à cet égard que la perception d'aucun montant de taxe conformément à la TIRIB française est le résultat voulu et attendu de l'application de la formule relative à la TIRIB et devrait, par conséquent, être envisagée comme traitement de référence normatif.[1599] Elle fait valoir que cela démontre que le paiement de la taxe est vraiment exceptionnel et que la règle générale est la satisfaction des objectifs d'incorporation.[1600] Bien que l'obtention d'un tel résultat ne soit pas prescrite par le système, l'Union européenne fait valoir que la perception d'aucune taxe est le résultat voulu et attendu de l'application de la TIRIB française et que cette taxe est conçue de manière à atteindre cet objectif. Sur la base de la conception et du fonctionnement de la TIRIB française décrits plus haut, l'Union européenne estime que toute taxe payée tient lieu d'amende ou de pénalité imposée en cas de non–respect des objectifs d'incorporation et ne devrait pas être considérée comme un montant de taxe "normalement exigible". À cet égard, l'Union européenne estime que la TIRIB française est une taxe comportementale ayant une fin environnementale et qu'elle n'est pas conçue pour procurer de quelconques recettes.[1601]

7.1324. D'après ce que le Groupe spécial comprend, tous les contribuables potentiels opèrent dans le cadre d'un système au titre duquel aucun montant de taxe n'est exigible si le carburant qu'ils mettent à la consommation satisfait les objectifs d'incorporation. L'accès au traitement consistant dans une taxe nulle n'est pas autrement entravé pour ces contribuables. Bien qu'il soit établi qu'un certain montant de taxe a été perçu conformément à la TIRIB française pendant les périodes pour lesquelles le Groupe spécial possède des renseignements, le degré de toute non–satisfaction par les carburants mis à la consommation en France des objectifs d'incorporation est extrêmement limité. Néanmoins, le Groupe spécial considère qu'au titre de l'article 1.1 a) 1) ii), la question n'est pas de savoir si la TIRIB française est une taxe comportementale ou a une fin environnementale ou visait à procurer des recettes. La mesure dans laquelle ces particularités constituent des éléments du traitement fiscal contesté et/ou des éléments du régime d'imposition et des principes en matière d'imposition qui définiront le point de référence normatif n'exige pas du Groupe spécial qu'il évalue la légitimité de ces particularités en tant qu'éléments des règles fiscales d'un Membre.

7.1325. Le Groupe spécial considère que le concept clé qui guide la sélection d'un point de référence normatif approprié découle de l'expression normalement exigibles figurant dans le texte de l'article 1.1 a) 1) ii). En particulier, le point de référence normatif approprié représente le traitement associé à l'assujettissement à la taxe normalement exigible conformément à la structure du régime d'imposition interne et à ses principes directeurs tels qu'ils ont été adoptés par le Membre conformément à son propre pouvoir en comparaison du traitement fiscal contesté. Le Groupe spécial n'est pas convaincu que la perception d'aucun montant de taxe conformément à la TIRIB française constitue le traitement de référence normatif approprié. Dans certaines circonstances dans le cadre de la TIRIB française, un montant de taxe à acquitter est imposé au contribuable et, une fois payé, ce montant représente des recettes publiques exigibles. Le Groupe spécial ne considère pas qu'il serait approprié de constater dans le cadre d'un tel système que la structure du régime d'imposition interne et ses principes directeurs n'imposent aucun assujettissement à la taxe en tant que point de référence normatif indépendamment de la fréquence ou de la rareté avec laquelle les circonstances associées avec l'absence d'assujettissement à la taxe se produisent. En revanche, le point de référence normatif approprié devrait tenir compte des circonstances dans lesquelles un assujettissement à la taxe se produit conformément à la "structure du régime d'imposition interne et à ses principes directeurs".

7.1326. Le Groupe spécial comprend que l'Union européenne établit une analogie entre la TIRIB française et un système d'amendes ou de pénalités, mais sans affirmer que la TIRIB française n'est pas, en fait, un système d'imposition. Par conséquent, le Groupe spécial ne juge pas nécessaire de déterminer les circonstances dans lesquelles des formes de paiement, autres que des taxes, dues

[1599] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1444 à 1453.
[1600] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1444 à 1446.
[1601] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1444 à 1453 et 1621 à 1623.

aux pouvoirs publics constitueraient ou ne constitueraient pas des recettes publiques qui sont abandonnées ou ne sont pas perçues au sens de l'article 1.1 a) 1) ii).

7.1327. Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial constate que la perception d'aucun montant de taxe conformément à la TIRIB française n'est pas un point de référence normatif approprié en l'espèce.

#### *Traitement fiscal associé à la mise à la consommation de carburant qui ne satisfait aucune partie des objectifs d'incorporation*

7.1328. La Malaisie estime qu'un autre point de référence possible qui devrait être envisagé comme point de référence normatif aux fins de comparaison avec le traitement fiscal contesté est le montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément à la formule relative à la TIRIB, c'est–à–dire le montant de la taxe qui serait payable si *aucune* portion de biocarburant admissible n'était incorporée dans le carburant mis à la consommation. Elle fait valoir que les pouvoirs publics français ont établi des règles d'imposition visant le carburant mis à la consommation en France qui font que les recettes normalement exigibles ne sont pas perçues auprès des opérateurs qui incorporent des carburants admissibles, lesquels n'incluent pas le biocarburant dérivé de l'huile de palme, dans le carburant mis à la consommation en France.[1602]

7.1329. Le Groupe spécial comprend que ce point de référence possible repose sur l'idée qu'au moyen de la formule relative à la TIRIB, les pouvoirs publics français établissent les éléments (taux, IE %) et permettent au contribuable de choisir par ses actions le montant de la taxe à payer en sélectionnant l'élément relatif à l'incorporation effective (OI %). Le montant variable de la taxe qu'un contribuable paierait dans la mesure où il ne satisferait pas pleinement l'objectif d'incorporation est ce qui le motive à supporter tout coût supplémentaire qui est associé à l'incorporation des biocarburants admissibles. Dans la mesure où le contribuable choisit d'assumer ces coûts supplémentaires, il le fait pour obtenir l'avantage de l'assujettissement à une taxe inférieure et pour éviter le paiement de la taxe qui aurait été normalement exigible s'il n'avait pas incorporé les biocarburants admissibles. Le contribuable connaît le montant de la taxe qu'il devra payer s'il n'incorpore pas de biocarburant admissible dans son mélange de carburants car le montant de la TIRIB qu'il paiera dépendra exclusivement de son propre choix concernant la quantité de biocarburant admissible qu'il inclura dans le mélange de carburants qu'il met à la consommation en France.

7.1330. Les considérations préliminaires qui précèdent suggèrent que le montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément à la formule relative à la TIRIB souligne le caractère conditionnel de la possibilité de bénéficier du traitement fiscal favorable qui est une particularité d'un point de référence normatif qui pourrait être pertinente pour la détermination du Groupe spécial sur le point de savoir si la TIRIB française comporte une contribution financière sous la forme de recettes publiques qui sont abandonnées ou ne sont pas perçues.

#### *Taxe payable selon la formule relative à la TIRIB*

7.1331. Le quatrième point de référence normatif potentiel, comme l'a fait valoir l'Union européenne, pose en principe que le traitement contesté et le point de référence normatif sont, en fait, le même traitement fiscal.

7.1332. L'Union européenne a fait valoir, en effet, que les éléments de la formule fixés par les pouvoirs publics (taux, IE %) sont établis à un niveau conçu et prévu pour permettre, et dont on attend qu'il permette, d'atteindre l'objectif d'incorporation.[1603] Elle a fait valoir que les contribuables qui ne remplissent pas les objectifs d'incorporation ne sont pas considérés comme se trouvant dans des situations semblables au titre du régime d'imposition de la TIRIB.[1604] L'Union européenne a souligné que les éléments de la formule relative à la TIRIB sont indissociables car la taxe n'aurait pas d'effet incitatif à moins qu'elle n'applique le taux variable en lien avec la mesure dans laquelle le carburant mis à la consommation satisfait les objectifs d'incorporation.[1605]

[1602] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1079.
[1603] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1444 à 1453 et 1621 à 1623.
[1604] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1630 à 1634.
[1605] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1450.

7.1333. Le Groupe spécial comprend que ce point de référence possible repose sur l'idée que la formule relative à la TIRIB établit un montant de taxe exigible sur la base des éléments de la formule et qu'aucun élément de la formule considéré isolément du reste de la formule ne représente un montant de taxe exigible ou "normalement exigible". Le Groupe spécial rappelle que, bien que l'élément de la formule relatif au taux soit exprimé en euros par hectolitre, la TIRIB française porte exclusivement sur une portion relativement faible du contenu énergétique du carburant, c'est-à-dire la portion que le régime a visée aux fins d'incorporation des biocarburants admissibles. La taxe maximale exigible au titre de la TIRIB française ne reflète pas l'application du taux d'imposition défini par hectolitre de carburant mis à la consommation car le facteur (OI % – IE %) aura une valeur maximale de OI %, qui en 2020 était de 8%.

7.1334. Le Groupe spécial rappelle en outre qu'une particularité essentielle du régime de la TIRIB est que l'application de la formule aboutit à un taux d'imposition qui varie d'une manière directement proportionnelle au facteur (OI % – IE %), qui est la différence entre l'incorporation d'énergie du carburant admissible visée en tant qu'objectif et l'incorporation effective du carburant admissible. Étant donné que la taxe varie directement en proportion avec ce facteur, il est possible de qualifier la TIRIB de taxe portant non pas sur l'action de mettre des hectolitres de carburant à la consommation en France, mais plutôt sur la mesure dans laquelle le niveau visé de biocarburants admissibles n'a pas été incorporé dans le carburant mis à la consommation. De ce point de vue, le montant de la taxe peut être considéré comme commençant à zéro quand la portion visée de biocarburants admissibles a été incorporée et augmentant pour atteindre son montant maximum d'une manière directement proportionnelle aux pourcentages manquants de biocarburant admissible.

7.1335. Les considérations préliminaires qui précèdent suggèrent que la taxe payable selon la formule relative à la TIRIB souligne la conception et le fonctionnement prévu de la TIRIB française dans son ensemble, qui est une particularité d'un point de référence normatif qui pourrait être pertinente pour la détermination du Groupe spécial sur le point de savoir si la TIRIB française comporte une contribution financière sous la forme de recettes publiques qui sont abandonnées ou ne sont pas perçues.

#### 7.2.3.1.3.3 Évaluation finale du point de référence normatif approprié

7.1336. Ayant procédé à l'examen préliminaire des quatre points de référence normatifs possibles suggérés dans le présent différend et ayant conclu que deux de ces points de référence présentent certaines particularités qui pourraient potentiellement en faire des points de référence normatifs appropriés aux fins de comparaison avec le traitement fiscal contesté, le Groupe spécial passe à présent à une évaluation plus poussée de ces deux points de référence.

7.1337. Le Groupe spécial rappelle que le but de la sélection d'un point de référence normatif est de déterminer, au moyen d'une comparaison avec le traitement fiscal contesté, si "des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues" au sens de l'article 1.1 a) 1) ii). Il note aussi que la première catégorie de contributions financières prévue au titre de l'article 1.1 a) 1) i) inclut plusieurs transferts directs de fonds ou transferts directs potentiels de fonds. Cela fournit un certain contexte permettant de comprendre l'inclusion de la deuxième catégorie, qui est celle pertinente en l'espèce. Le Groupe spécial considère que dans le cas où des recettes publiques sont normalement exigibles et où les pouvoirs publics abandonnent ou ne perçoivent pas le montant normalement exigible, cela constitue l'équivalent fonctionnel d'un transfert direct de fonds des pouvoirs publics. Il est utile de rappeler que cette étape de l'analyse porte uniquement sur la question de savoir si une contribution financière existe, et non sur de quelconques effets allégués de la mesure contestée.

7.1338. Le Groupe spécial prend note de rapports antérieurs qui donnent des indications sur des considérations relatives à la sélection d'un point de référence approprié. Le point de référence n'existera pas dans l'abstrait, mais plutôt dans les règles d'imposition établies par le Membre en question.[1606] Cela découle aussi de l'idée que les Membres, en principe, ont le pouvoir souverain de déterminer leurs propres règles d'imposition comme ils l'entendent.[1607] L'analyse doit, par conséquent, être suffisamment flexible pour tenir compte des complexités des règles d'imposition

[1606] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 90.
[1607] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 89.

internes d'un Membre.[1608] Les points de référence devant être appliqués sont les traitements fiscaux visant l'ensemble de l'économie qui font l'objet des exonérations, réductions et suspensions.[1609] Cependant, vu la diversité et la complexité des systèmes d'imposition internes, il sera généralement très difficile d'isoler une règle "générale" d'imposition et des "exceptions" à cette règle "générale".[1610] En établissant un point de référence correct, l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Taxation* est allé plus loin, en déclarant qu'on attendrait d'un groupe spécial "qu'il examine … la structure du régime d'imposition interne et ses principes directeurs" afin de déterminer quel est "le traitement fiscal de revenus comparables de contribuables se trouvant dans des situations comparables".[1611] Le Groupe spécial souscrit à cette approche.

7.1339. Dans ce contexte, le Groupe spécial considère que la "comparabilité" et le fait de "se trouver dans des situations semblables" ne sont pas déterminés dans l'abstrait, ni sur la base de ce qui est considéré comme légitime, approprié ou équitable. De fait, ils sont plutôt déterminés par rapport à la "structure du régime d'imposition interne et [à] ses principes directeurs". La préoccupation de l'Organe d'appel dans l'affaire *Brésil – Taxation* était l'invocation excessive du fait que la mesure contestée prenait la forme d'une exception à une règle générale. Quand il apparaît qu'une règle générale est largement applicable et soumise à diverses exceptions, il peut être nécessaire d'aller plus loin et d'examiner dans quelle mesure la règle générale, compte tenu des autres exceptions, constitue un point de référence inadéquat parce qu'elle représente insuffisamment la structure du régime d'imposition et ses principes directeurs. Pour le déterminer, on peut examiner, comme l'Organe d'appel l'a fait dans l'affaire *Brésil – Taxation*, un exemple d'une taxe généralement applicable assortie d'exceptions nombreuses et diverses. Ainsi, un taux d'imposition des sociétés qui est en principe applicable à toutes les entités commerciales, mais avec des ajustements nombreux et se chevauchant pour diverses catégories, tailles et circonstances des entités soumises à l'impôt ne pourrait pas servir de point de référence adéquat pour l'une quelconque des exceptions car il se pourrait que peu d'entités paient effectivement l'impôt au taux généralement applicable, si ce n'est aucune. Cela signifie que le régime d'imposition et ses principes directeurs qui déterminent le point de référence normatif peuvent figurer dans des règles qui prennent la forme d'exceptions à une règle générale aussi bien que dans la forme des règles générales elles–mêmes.

7.1340. Cette idée peut être encore clarifiée avec l'exemple d'un régime d'imposition dans lequel le taux d'imposition dépend de la taille de l'entreprise. Si le taux d'imposition augmentait en fonction de la taille, alors il pourrait s'avérer que les petites entreprises payent moins que ce qui est normalement exigible. Si le taux d'imposition diminue en fonction de la taille, alors il pourrait s'avérer que les grandes entreprises payent moins que ce qui est normalement exigible. Toutefois, si la taille de l'entreprise s'entendait comme étant le principe directeur du régime d'imposition, alors les petites, moyennes et grandes entreprises ne seraient pas considérées comme se trouvant dans des situations semblables et les montants payés par les entreprises d'une taille différente ne seraient pas pertinents pour la détermination du montant de la taxe qui est normalement exigible. Il pourrait être observé que toutes les tailles ne sont pas disponibles pour toutes les entreprises et cela pourrait justifier un examen supplémentaire de la répartition des catégories de taille et des différences de taux d'imposition, etc., qui pourrait néanmoins conclure que la taille de l'entreprise est en effet un principe directeur du régime d'imposition. Gardant cette approche analytique à l'esprit, le Groupe spécial va maintenant examiner certains aspects pertinents de la TIRIB française puis il évaluera plus en détail les troisième et quatrième points de référence normatifs possibles décrits plus haut.

7.1341. Le Groupe spécial rappelle que la TIRIB française n'est pas une taxe largement applicable visant l'ensemble de l'économie. De fait, elle s'applique exclusivement à une activité particulière, et elle s'applique en sus de toutes les autres taxes applicables payables par ces contribuables. Eu égard aux autres taxes, le Groupe spécial constate donc que la TIRIB française a pour effet d'augmenter le montant de la taxe qui est normalement exigible de ces contribuables car il n'a pas été établi que la TIRIB française s'applique au lieu d'une quelconque taxe largement applicable ou de toute autre taxe. En outre, sur la base des éléments de preuve présentés, le Groupe spécial constate qu'il n'a pas été établi que de quelconques contribuables sont *ex ante* non admissibles ou par ailleurs dans l'incapacité d'incorporer des biocarburants admissibles. En d'autres termes, il apparaît que l'éventail

[1608] Rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Taxation*, paragraphe 5.162 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91).
[1609] Rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Taxation*, paragraphe 5.181 (citant le rapport du Groupe spécial *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.414).
[1610] Rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Taxation*, paragraphe 5.162 (citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 91).
[1611] Rapports de l'Organe d'appel *Brésil – Taxation*, paragraphe 5.167.

complet des traitements fiscaux prévus dans le cadre de la TIRIB française est à la disposition de l'ensemble des contribuables sans exception.

7.1342. Dans le cadre du troisième point de référence normatif possible, le Groupe spécial considère qu'il faut comprendre que la TIRIB française et ses principes résident dans *certains éléments de la formule relative à la TIRIB*, à savoir les éléments établis par les pouvoirs publics (c'est–à–dire le taux, OI %), mais pas dans d'autres, à savoir le pourcentage d'incorporation effective (IE %). Par conséquent, la TIRIB française serait qualifiée comme établissant un montant de taxe qui serait exigible pour chaque hectolitre de carburant mis à la consommation en France et chaque contribuable paiera ce montant de taxe à moins qu'il choisisse de prendre des mesures (sélectionner la valeur de l'IE %) qui lui permettront d'éviter le paiement de la taxe.

7.1343. Dans le cadre du quatrième point de référence normatif possible, le Groupe spécial comprend que la TIRIB française et ses principes sont considérés comme résidant dans *l'ensemble de la formule relative à la TIRIB*. Selon cette interprétation, les contribuables avec des valeurs du facteur (OI % – IE %) différentes ne se trouvent pas dans des situations semblables au regard de la TIRIB française et de ses principes directeurs. En d'autres termes, il n'y aurait rien d'exceptionnel à propos du traitement fiscal de tout contribuable considéré, indépendamment de sa valeur particulière d'IE %, car tous les contribuables avec le même IE % sont traités de la même façon, la formule relative à la TIRIB n'identifie pas un seul taux d'imposition comme taux par défaut ou comme taux d'imposition général, ni comme taux d'imposition exceptionnel. Par contre, la taxe exigible varie d'une manière directement proportionnelle au facteur (OI % – IE %).

7.1344. En soupesant le caractère approprié de ces deux points de référence normatifs possibles, le Groupe spécial considère que la conception et le fonctionnement de la TIRIB française, ainsi que la façon dont elle se situe par rapport au régime d'imposition plus large, révèlent que le fait que le montant de taxe exigible varie d'une manière directement proportionnelle au facteur (OI % – IE %) est un principe directeur central et essentiel de la TIRIB française. Le Groupe spécial considère donc que cet élément n'est pas un élément de la formule relative à la TIRIB susceptible d'être ignoré en tant que principe d'imposition dans le cadre de ce système. Par conséquent, il constate que les éléments de la formule relative à la TIRIB vont de pair et n'existent pas isolément et sont décrits avec exactitude comme étant indissociablement liés en tant que parties intégrantes de la formule relative à la TIRIB.[1612] Par l'établissement d'une formule servant à déterminer le taux d'imposition qui est proportionnel au facteur (OI % – IE %), la conception de la TIRIB française établit un éventail de taux d'imposition qui sont chacun applicables aux contribuables se trouvant dans des situations semblables. Le Groupe spécial considère que pour tous les contribuables auxquels la formule relative à la TIRIB s'applique, le montant de taxe qui est exigible est déterminé par la formule et aucun autre montant de taxe n'est exigible. En somme, quel que soit l'assujettissement à la taxe qu'elle impose, la TIRIB française représente une taxe additionnelle frappant les opérateurs procédant à la mise à la consommation de carburant en France qui se trouvent dans des situations semblables dans la mesure où la portion visée du carburant mis à la consommation n'incorpore pas de biocarburants admissibles. En conséquence, le Groupe spécial constate que la formule relative à la TIRIB représente le point de référence normatif le plus approprié aux fins de comparaison avec le traitement fiscal approprié.

7.1345. Alors que le troisième point de référence normatif possible identifie une relation entre une taxe inférieure exigible et le respect de certaines conditions qui peuvent être perçues comme fonctionnant d'une manière semblable à un crédit d'impôt, le Groupe spécial constate que cette approche place un accent considérable sur la forme plutôt que sur la substance. En particulier, le fait de subdiviser la formule relative à la TIRIB en ses éléments et de traiter une partie de la formule, c'est–à–dire le montant maximum de la taxe par hectolitre (taux * OI %), comme une règle générale d'imposition ne rend pas compte avec exactitude de la TIRIB française et de ses principes directeurs. Par conséquent, en fin de compte, le Groupe spécial constate que le montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément à la formule relative à la TIRIB ne représente pas un traitement fiscal de référence approprié pour le traitement fiscal contesté. Malgré le caractère conditionnel attaché aux taux d'imposition inférieurs, souligné par la Malaisie, le Groupe spécial constate que le montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément à la formule relative à la TIRIB ne représente pas des recettes publiques normalement exigibles au sens de l'article 1.1 a) 1) ii). En conséquence, il constate que le montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément

[1612] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 452; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1628.

à la formule relative à la TIRIB ne représente pas le point de référence normatif le plus approprié aux fins de comparaison avec le traitement fiscal contesté.

#### 7.2.3.1.3.4 Conclusion concernant la contribution financière

7.1346. Le Groupe spécial constate que le traitement fiscal contesté est le traitement des entités contribuables qui procèdent à la mise à la consommation en France de carburant qui satisfait partiellement ou pleinement l'objectif d'incorporation de biocarburant admissible. Il constate que la formule relative à la TIRIB représente le point de référence normatif le plus approprié aux fins de comparaison avec le traitement fiscal contesté. Étant donné que le traitement fiscal contesté fait partie du traitement fiscal de référence et y est incorporé, ces deux éléments découlant de l'application de la formule relative à la TIRIB, le traitement fiscal contesté et le traitement fiscal de référence sont les mêmes.

7.1347. En conséquence, le Groupe spécial constate qu'il n'y a pas de différence entre le traitement fiscal contesté et le traitement fiscal de référence et que, de ce fait, aucune recette publique n'a été abandonnée ou n'a pas été perçue et aucune contribution financière n'existe au sens de l'article 1.1 a) 1) ii).

### 7.2.3.1.4 Soutien des revenus

7.1348. La Malaisie affirme à titre subsidiaire que, si le Groupe spécial devait constater qu'il n'existe pas de contribution financière au titre de l'article 1.1 a) 1) ii), la mesure TIRIB de la France devrait être traitée comme accordant un soutien des revenus au sens de l'article 1.1 a) 2).[1613]

7.1349. L'article 1.1 a) 2) dispose qu'une subvention sera réputée exister s'"il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994". La première phrase du paragraphe 1 de l'article XVI fait référence à la notification d'"une subvention, y compris [de] toute forme de soutien des revenus ou des prix, qui a directement ou indirectement pour effet d'accroître les exportations d'un produit du territoire de ladite partie contractante ou de réduire les importations de ce produit sur son territoire". L'Accord SMC ne contient aucune définition ni aucune autre forme d'indication concernant le sens de "soutien des revenus ou des prix".

7.1350. La Malaisie affirme qu'en réduisant les coûts pour les opérateurs économiques qui incorporent des biocarburants admissibles, la mesure TIRIB de la France fonctionne comme une politique de soutien des revenus qui soustrait ces opérateurs économiques aux coûts réels auxquels ils devraient faire face en l'absence du traitement fiscal contesté.[1614] Elle soutient que la réduction des dépenses fiscales accroît les revenus nets des opérateurs économiques qui incorporent des biocarburants admissibles, leur permettant également de réduire le prix des carburants mis à la consommation et, ainsi, d'attirer des consommateurs et d'accroître leur part de marché.[1615]

7.1351. L'Union européenne affirme que la mesure TIRIB de la France ne fait rien pour maintenir les revenus obtenus par les entités qui mettent du carburant à la consommation en France.[1616] Elle fait valoir que les coûts de production des opérateurs économiques qui mélangent différents types de biocarburants ne sont pas affectés par la TIRIB française car celle-ci ne réduit pas les coûts de production ou d'acquisition de biocarburants.[1617] Elle affirme en outre que la TIRIB française n'affecte pas le prix auquel le carburant est mis à la consommation et ne soutient donc pas ce qui "entre en tant que recettes périodiques d'un commerce".[1618]

7.1352. Le Groupe spécial note que l'expression "soutien des revenus" figurant à l'article 1.1 a) 2) n'a pas été spécifiquement interprétée ni appliquée dans un différend antérieur. Toutefois, le Groupe spécial *Chine – AMGO* a interprété l'expression étroitement liée "soutien des prix", et le Groupe spécial est d'avis que certains aspects de cette analyse sont tout aussi pertinents pour l'expression "soutien des revenus". Ce groupe spécial a noté que l'Organe d'appel avait observé que le concept

[1613] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1081.
[1614] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1085 et 1086.
[1615] Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 456.
[1616] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1646; deuxième communication écrite, paragraphe 328.
[1617] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1646.
[1618] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1646.

de "soutien des revenus ou des prix" au titre de l'article 1.1 a) 2) élargissait l'éventail des mesures susceptibles de fournir des subventions au-delà de celles qui constituaient une contribution financière.[1619] Il a en outre constaté que, comme la notion de contribution financière, le "soutien des revenus ou des prix" devrait être compris comme faisant référence à une forme d'action particulière des pouvoirs publics, et non aux effets d'une telle action:

> Nous estimons que, lue dans ce contexte, l'expression "soutien des prix" n'inclut pas toute intervention des pouvoirs publics qui peut avoir un effet sur les prix, comme les droits de douane et les restrictions quantitatives. En particulier, il n'apparaît pas clairement que l'article 1.1 a) 2) était censé englober toutes sortes de mesures des pouvoirs publics qui ne constituent pas par ailleurs une contribution financière, mais qui peuvent avoir un effet indirect sur le marché, y compris sur les prix. Le concept de "soutien des prix" est aussi un moyen de se prévaloir de l'Accord SMC, et nous estimons qu'il est axé sur la nature d'une action des pouvoirs publics, plutôt que sur les effets de cette action. En conséquence, le concept de "soutien des prix" a un sens plus étroit que celui qu'avancent les requérants, et inclut une intervention directe des pouvoirs publics sur le marché dans le but de fixer le prix d'un bien à un niveau particulier, par exemple, au moyen de l'achat d'une production excédentaire lorsque le prix est fixé au-dessus du niveau d'équilibre.[1620]

7.1353. Le Groupe spécial a par ailleurs noté que l'expression "soutien des prix du marché" était employée dans l'Accord sur l'agriculture, et que l'Annexe 3 de celui-ci disposait que le "soutien des prix du marché" correspondait à la différence entre un prix de référence extérieur et le "prix administré appliqué".[1621] Il a considéré que cela indiquait que, pour ce type de soutien des prix, "une forme directe de contrôle des pouvoirs publics sur les prix intérieurs [était] requise, sous la forme d'un prix fixé et administré, au lieu que la fluctuation des prix soit un effet indirect d'une autre forme d'intervention des pouvoirs publics".

7.1354. Avec cette interprétation du "soutien des prix" comme étant une intervention directe des pouvoirs publics visant à atteindre un niveau de prix particulier pour un bien, le Groupe spécial considère qu'un "soutien des revenus" serait une intervention directe semblable des pouvoirs publics sur le marché visant à faire en sorte que les revenus de certaines entreprises ou les revenus associés à certaines activités soient maintenus supérieurs ou égaux à un niveau particulier. Le Groupe spécial observe que la TIRIB française comporte bien une intervention sur le marché visant à encourager l'incorporation des biocarburants au coût plus élevé par l'application de différents niveaux d'assujettissement à la taxe. Toutefois, la TIRIB n'est pas liée aux niveaux de revenu des contribuables et ne fait pas en sorte que les revenus soient maintenus supérieurs ou égaux à un quelconque niveau particulier.

7.1355. Bien que le facteur de variabilité en tant qu'élément de la formule relative à la TIRIB, considéré isolément, réduise bien le montant de la taxe exigible dans certaines conditions, ce qui pourrait alors être considéré comme complétant les revenus nets de taxe des contribuables comme le fait valoir la Malaisie, le Groupe spécial comprend que le concept de "soutien des revenus" est plus étroit qu'une mesure qui réduit simplement la charge fiscale et a ainsi un effet positif sur les revenus après taxe. On s'attendrait à ce qu'un "soutien des revenus" fasse davantage que réduire une dépense (permettant ainsi de conserver une plus grande part des revenus) et de faire encore davantage que d'accroître simplement les revenus par ses effets.

7.1356. Si l'on considère la TIRIB dans son ensemble, on observe une situation différente, dans laquelle les revenus ne sont ni complétés, ni soutenus. La TIRIB française crée une taxe variable additionnelle sur l'activité économique consistant à mettre du carburant à la consommation en France – une activité déjà taxée par la TICPE et la TVA. En outre, la TIRIB française crée un choix entre le fait d'incorporer des biocarburants admissibles, à des coûts plus élevés, et le fait de s'abstenir d'en incorporer, au prix d'une charge fiscale plus lourde. De ce point de vue, dans l'ensemble, la TIRIB accroît les coûts d'exploitation des entreprises qui entreprennent d'incorporer les biocarburants admissibles et accroît la charge fiscale des entreprises qui ne satisfont pas les objectifs d'incorporation, et aucun des deux groupes d'entreprises ne voit ses revenus soutenus.

---

[1619] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV*, paragraphe 52.
[1620] Rapport du Groupe spécial *Chine – AMGO*, paragraphe 7.85.
[1621] Rapport du Groupe spécial *Chine – AMGO*, paragraphe 7.87.

7.1357. Pour les raisons susmentionnées, le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a pas établi que la mesure TIRIB de la France constituait ou incorporait un "soutien des revenus" au sens de l'article 1.1 a) 2).

#### 7.2.3.1.5 Avantage

7.1358. Le Groupe spécial rappelle qu'il a constaté que la Malaisie n'avait pas établi l'existence d'une contribution financière en ce qui concerne la TIRIB française. Il a également constaté que la Malaisie n'avait pas établi l'existence d'un soutien des revenus en ce qui concerne la TIRIB française. En l'absence d'établissement de l'existence de la contribution financière alléguée ou du soutien des revenus allégué, aucun avantage ne peut être conféré par cette contribution ou par ce soutien, et les allégations de la Malaisie selon lesquelles une subvention existe au titre de l'article premier ne peuvent pas aboutir.

#### 7.2.3.1.6 Conclusion concernant l'existence d'une contribution financière

7.1359. Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a pas établi que des recettes publiques avaient été abandonnées ou n'avaient pas été perçues et, par conséquent, qu'il n'existe aucune contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) ii). Le Groupe spécial constate en outre que la Malaisie n'a pas établi que la mesure TIRIB de la France constituait ou incorporait un "soutien des revenus" au sens de l'article 1.1 a) 2). En l'absence d'établissement de l'existence de la contribution financière alléguée ou du soutien des revenus allégué, la Malaisie n'a pas démontré que la mesure TIRIB de la France était une subvention au sens de l'article premier.

7.1360. En conséquence, le Groupe spécial conclut que la Malaisie n'a pas établi que la mesure TIRIB de la France accordait une subvention constituant une subvention spécifique qui causait des effets défavorables sous la forme d'un préjudice grave au titre des articles 5.3 c), 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord SMC.

### 7.2.3.2 Évaluation complémentaire supposant pour les besoins de l'argumentation l'existence d'une contribution financière

7.1361. Dans la section précédente, le Groupe spécial a constaté que la Malaisie n'avait pas établi que des recette publiques avaient été abandonnées ou n'avaient pas été perçues et, par conséquent, qu'il n'existait aucune contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) ii). Malgré cette conclusion, dans les sous–sections qui suivent, il évalue le bien–fondé des plaintes de la Malaisie concernant le subventionnement allégué pratiqué par l'Union européenne dans le cadre de la TIRIB française.

7.1362. Bien que le Groupe spécial n'ait pas constaté que le montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément à la formule relative à la TIRIB était le point de référence normatif le plus approprié, il considère que cette option présente certaines caractéristiques qui, à première vue, donnent à penser qu'elle aurait pu servir de point de référence approprié. Dans ces circonstances, et compte tenu des nombreux arguments que les parties ont consacrés à ces questions, il juge approprié de pousser plus loin l'analyse du bien–fondé des allégations de la Malaisie sur la base de ce point de référence normatif.

7.1363. Par conséquent, le Groupe spécial procédera dans les sous–sections ci–après à une analyse plus poussée de l'avantage, de la spécificité et des effets défavorables. Cette analyse complémentaire est fondée sur la supposition pour les besoins de l'argumentation selon laquelle le montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément à la formule relative à la TIRIB pourrait être considéré comme un point de référence normatif approprié. Il est clair que la comparaison de ce point de référence avec le traitement fiscal contesté amènerait à conclure que le traitement fiscal contesté représente un assujettissement à une taxe plus faible par rapport à l'assujettissement à la taxe servant de point de référence dans la mesure où le contribuable a incorporé des biocarburants admissibles. Cette différence dans l'assujettissement à la taxe constituerait donc une contribution financière sous la forme de recettes publiques qui sont abandonnées ou ne sont pas perçues au sens de l'article 1.1 a) 1) ii).

#### 7.2.3.2.1 Avantage

7.1364. Le Groupe spécial examine maintenant, sur la base de la supposition pour les besoins de l'argumentation selon laquelle il existe une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) ii), si la Malaisie a établi qu'un avantage était ainsi conféré au sens de l'article 1.1 b).

7.1365. Le Groupe spécial observe que la contribution financière en cause se présente sous la forme de recettes publiques qui sont abandonnées ou ne sont pas perçues, et qu'elle existerait en ce qui concerne la différence entre i) le traitement fiscal contesté des opérateurs qui mettent à la consommation en France du carburant incorporant une certaine quantité de biocarburants admissibles et ii) le traitement servant de point de référence normatif du montant maximum de la taxe pouvant être à payer conformément à la formule relative à la TIRIB, qui serait acquitté par les opérateurs qui mettent à la consommation en France du carburant n'incorporant pas de biocarburants admissibles.

7.1366. Le Groupe spécial considère que, dans les cas où les pouvoirs publics achètent des produits ou des services, vendent des produits, consentent des prêts, injectent des capitaux, et ainsi de suite, il peut y avoir une distinction importante entre la question de l'octroi d'une contribution financière et la question de l'octroi d'un avantage parce que les pouvoirs publics pourraient prendre les mesures susmentionnées aux prix du marché ou aux taux du marché. Dans de tels cas, le bénéficiaire de la contribution financière ne serait pas mieux loti que s'il avait effectué la même transaction avec une entité commerciale privée à des conditions commerciales.[1622] Dans le cas des recette publiques normalement exigibles qui sont abandonnées ou ne sont pas perçues, il a été considéré que ces contributions financières n'étaient pas disponibles sur le marché. Le bénéficiaire d'une contribution financière sous la forme de recettes publiques qui sont abandonnées ou ne sont pas perçues reçoit un avantage égal au montant de la taxe normalement exigible qui a été abandonné ou n'a pas été perçu.[1623] Il a été considéré qu'il en était ainsi même lorsque le contribuable était incité à prendre certaines mesures et à engager des dépenses connexes pour être admis à bénéficier de l'allégement fiscal. Dans la présente espèce, les contribuables supportent effectivement des coûts de production supplémentaires pour incorporer des biocarburants admissibles dans le mélange de carburants et ils sont incités à le faire pour tirer parti de la réduction de la taxe. Comme ils choisissent d'incorporer les biocarburants plus coûteux dans leur mélange de carburants pour tirer parti des réductions de la taxe, on peut raisonnablement penser qu'un avantage leur est ainsi conféré.

7.1367. Le Groupe spécial considère que la justification susmentionnée ne peut pas être appliquée pour supposer qu'un avantage conféré sous la forme d'un assujettissement à une taxe inférieure imposé aux contribuables, qui sont des opérateurs mettant du carburant à la consommation en France dans le cadre de la TIRIB française, conférera nécessairement et automatiquement un avantage aux fournisseurs en amont de biocarburants admissibles ou aux producteurs de biocarburants admissibles. Il estime que la Malaisie n'a pas présenté de renseignements ni d'arguments complémentaires suffisants pour établir que, dans les circonstances de la cause en l'espèce, l'octroi d'un avantage devrait être considéré comme allant au–delà du groupe de contribuables.

7.1368. Pour les raisons qui précèdent, le Groupe spécial considère que, en supposant pour les besoins de l'argumentation qu'il existe une contribution financière telle que décrite plus haut, un avantage serait ainsi conféré aux opérateurs qui mettent à la consommation en France du carburant incorporant une certaine quantité de biocarburants admissibles. Il estime que la Malaisie n'a pas établi que l'octroi d'un avantage devrait être considéré comme allant au–delà de ce groupe de contribuables.

---

[1622] Voir le rapport du Groupe spécial *Canada – Aéronefs*, paragraphe 9.112; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs*, paragraphes 154 et 157; et le rapport du Groupe spécial *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 7.24.

[1623] Voir les rapports des Groupes spéciaux *États-Unis – FSC*, paragraphes 7.41 à 7.103; *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphes 8.3 à 8.48; *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphes 7.115 à 7.171; *États-Unis – Incitations fiscales*, paragraphe 7.161; et le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC*, paragraphe 140.

#### 7.2.3.2.2 Article 2 – Spécificité

##### 7.2.3.2.2.1 Introduction

7.1369. Ayant supposé pour les besoins de l'argumentation que la mesure TIRIB de la France accordait une contribution financière qui conférerait un avantage, le Groupe spécial examine maintenant la question de savoir si cette subvention serait spécifique au sens de l'article 2.

7.1370. La Malaisie estime que la subvention en cause est spécifique au sens de l'article 2.1 a), parce que la possibilité d'en bénéficier "est explicitement limitée et bénéficie uniquement et exclusivement aux opérateurs économiques qui incorporent et mettent à la consommation de l'essence et des carburants diesel incorporant des biocarburants *autres que* le biocarburant dérivé du palmier à huile".[1624]

7.1371. L'Union européenne répond que, bien que l'approche de la Malaisie présuppose que certains opérateurs économiques sont exclus du champ de la réduction parce qu'ils incorporent uniquement un type donné de biocarburant dans leur produit final, la Malaisie elle-même "rejette cette hypothèse et explique qu'en réalité il n'y a pas de groupe d'entreprises de ce type" en reconnaissant que "tous les opérateurs économiques mettant du carburant à la consommation mélangent différents types de biocarburants".[1625] En outre, l'Union européenne affirme qu'il n'y a pas spécificité au titre de l'article 2.1 b) car la possibilité de bénéficier de la subvention est fondée sur des critères ou conditions objectifs régissant le droit de bénéficier de la subvention alléguée et le montant de celle-ci qui sont clairement énoncés dans la législation, la réglementation ou autre document officiel, de manière à pouvoir être vérifiés, et ce droit est automatique.[1626]

##### 7.2.3.2.2.2 Critère juridique

7.1372. L'article 2 s'intitule "Spécificité". L'article 2.1 comprend trois paragraphes, qui sont ainsi libellés:

> 2.1 Pour déterminer si une subvention, telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article premier, est spécifique à une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe d'entreprises ou de branches de production (dénommés dans le présent accord "certaines entreprises") relevant de la juridiction de l'autorité qui accorde cette subvention, les principes suivants seront d'application:
>
> > a) Dans les cas où l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, limite expressément à certaines entreprises la possibilité de bénéficier de la subvention, il y aura spécificité.
> >
> > b) Dans les cas où l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, subordonne à des critères ou conditions objectifs[1627] le droit de bénéficier de la subvention et le montant de celle–ci, il n'y aura pas spécificité à condition que le droit de bénéficier de la subvention soit automatique et que lesdits critères ou conditions soient observés strictement. Les critères ou conditions doivent être clairement énoncés dans la législation, la réglementation ou autre document officiel, de manière à pouvoir être vérifiés.
> >
> > c) Si, nonobstant toute apparence de non–spécificité résultant de l'application des principes énoncés aux alinéas a) et b), il y a des raisons de croire que la subvention peut en fait être spécifique, d'autres facteurs pourront être pris en considération. Ces facteurs sont les suivants: utilisation d'un programme de subventions par un nombre limité de certaines entreprises, utilisation dominante

[1624] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1119. (mise en relief dans l'original) Voir aussi Malaisie, réponse à la question n° 195 du Groupe spécial.

[1625] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1666 et 1667.

[1626] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1673.

[1627] La note de bas de page relative au texte de l'article 2.1 b) dispose ce qui suit: "L'expression "critères ou conditions objectifs" telle qu'elle est utilisée ici s'entend de critères ou conditions neutres, qui ne favorisent pas certaines entreprises par rapport à d'autres, et qui sont de caractère économique et d'application horizontale, par exemple nombre de salariés ou taille de l'entreprise."

> par certaines entreprises, octroi à certaines entreprises de montants de subvention disproportionnés, et manière dont l'autorité qui accorde la subvention a exercé un pouvoir discrétionnaire dans la décision d'accorder une subvention.[1628] Dans l'application du présent alinéa, il sera tenu compte de l'importance de la diversification des activités économiques dans la juridiction de l'autorité qui accorde la subvention, ainsi que de la période pendant laquelle le programme de subventions a été appliqué.

7.1373. Les dispositions de l'article 2 ont été interprétées et appliquées dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.1374. L'article 2 a pour but de déterminer si la subvention dont l'existence a été constatée conformément à l'article 1.1 est spécifique. À cette fin, l'article 2.1 énonce certains "principes" permettant de déterminer si la *possibilité de bénéficier* d'une subvention est limitée à une catégorie particulière de bénéficiaires et si la subvention est, pour cette raison, spécifique. L'article 2.1 a) dispose qu'il y aura spécificité si l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, limite expressément à certaines entreprises ou branches de production la possibilité de bénéficier de cette subvention. L'article 2.1 b) dispose qu'"il n'y aura pas" spécificité si l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, subordonne à des critères ou conditions objectifs le droit de bénéficier de la subvention et le montant de celle–ci, à condition que le droit de bénéficier de la subvention soit automatique, que lesdits critères ou conditions soient observés strictement et qu'ils soient clairement énoncés dans un document officiel, de manière à pouvoir être vérifiés.

7.1375. Pour déterminer si une subvention est spécifique, l'alinéa a) et l'alinéa b) mettent donc l'un et l'autre l'accent sur le même élément, c'est–à–dire "l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit".[1629] L'article 2.1 a) mentionne les *limitations expresses* de la possibilité de bénéficier d'une subvention. L'article 2.1 b) énumère les situations dans lesquelles une subvention sera considérée comme non spécifique, sur la base d'une analyse des *conditions et critères* relatifs au droit de bénéficier de la subvention et au montant de celle–ci, tels qu'ils *sont clairement énoncés dans la législation, la réglementation ou autre document officiel*. Ces dispositions prévoient donc la prise en compte de toutes les caractéristiques *de jure* pertinentes d'une subvention établies par la législation et d'autres instruments pour la détermination de la spécificité. La finalité et l'objet communs des deux alinéas donnent également à penser au Groupe spécial qu'ils s'appliquent simultanément.[1630]

7.1376. Le Groupe spécial développera plus en détail les éléments du critère juridique énoncé à l'article 2 selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.2.3.2.2.3 Évaluation du Groupe spécial

7.1377. Pour déterminer l'existence d'une spécificité *de jure*, l'article 2.1 a) prescrit que le Groupe spécial se concentre sur les limitations expresses de la possibilité de bénéficier de la subvention qui sont imposées par l'autorité qui accorde la subvention ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit. L'article 2.1 b) prescrit en outre que le Groupe spécial tienne compte des conditions et critères relatifs au droit de bénéficier de la subvention et au montant de celle–ci, tels qu'ils figurent dans la législation, la réglementation ou autre document officiel. Dans la présente affaire, le Groupe spécial note que les caractéristiques *de jure* pertinentes de la subvention en cause sont énoncées dans plusieurs instruments. Les opérateurs redevables de la TIRIB sont mentionnés dans la Circulaire du 18 août 2020 en ces termes:

> Les redevables de la TIRIB sont les redevables de la TICPE pour les mises à la consommation de ces carburants en suite d'importation, en suite de circulation intracommunautaire sous régime fiscal suspensif, ou en sortie des établissements

[1628] La note de bas de page relative au texte de l'article 2.1 c) dispose ce qui suit. "À cet égard, en particulier, il sera tenu compte de renseignements sur la fréquence avec laquelle des demandes concernant une subvention ont été refusées ou approuvées et les raisons de ces décisions."

[1629] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Olives mûres en provenance d'Espagne*, paragraphe 7.27.

[1630] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Olives mûres en provenance d'Espagne*, paragraphe 7.28.

> placés sous régime fiscal suspensif (usines exercées, entrepôts fiscaux de stockage et, pour le ED95 et le B100, entrepôts fiscaux de produits énergétiques). Ils sont importateurs, entrepositaires agréés, destinataires enregistrés ou destinataires enregistrés à titre occasionnel.[1631]

7.1378. Le texte de cet instrument limite expressément le paiement de la TIRIB aux entités "qui [effectuent] les *mises à la consommation* de ces carburants en suite d'importation, en suite de circulation intracommunautaire sous régime fiscal suspensif, ou en sortie des établissements placés sous régime fiscal suspensif", c'est–à–dire les "importateurs, entrepositaires agréés, destinataires enregistrés ou destinataires enregistrés à titre occasionnel". Il s'ensuit que la possibilité de bénéficier d'une quelconque réduction de la TIRIB est également limitée aux mêmes opérateurs redevables de la TIRIB, c'est–à–dire les entités qui mettent des carburants à la consommation en France, soit les "importateurs, entrepositaires agréés, destinataires enregistrés et destinataires enregistrés à titre occasionnel".

7.1379. En outre, l'article 266*quindecies* du Code des douanes français dispose que, aux fins de la TIRIB, les sources d'énergie admissibles dans le mélange de carburants pour atteindre l'objectif d'incorporation sont des sources d'énergies renouvelables et que l'énergie des biocarburants est renouvelable si elle satisfait aux critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre qui sont conformes à la Directive RED II et au Règlement délégué.[1632] De cette manière, la Circulaire et le Code des douanes mettent en place un système de paiement – et d'exonération – de la TIRIB pour les entités qui mettent à la consommation (c'est–à–dire les importateurs, entrepositaires agréés, destinataires enregistrés ou destinataires enregistrés à titre occasionnel) des carburants qui contiennent des sources d'énergie admissibles.

7.1380. L'article 266*quindecies* du Code des douanes français dispose aussi que "[n]e sont pas considérés comme des biocarburants les produits à base d'huile de palme" à compter du 1er janvier 2020.[1633] La Circulaire du 18 août 2020 indique que les produits à base d'huile de palme sont "exclus, à compter de 2020, du bénéfice total de l'avantage fiscal, quel que soit leur mode de production".[1634]

7.1381. Fonctionnant ensemble, ces instruments indiquent au Groupe spécial que seuls les opérateurs économiques qui incorporent et mettent à la consommation des carburants incorporant des sources d'énergie admissibles ont la possibilité de bénéficier d'une réduction de la TIRIB, tandis que les opérateurs qui n'incorporent pas de sources d'énergie admissibles n'ont pas la possibilité de bénéficier de la réduction et, dans la mesure où ils n'incorporent pas suffisamment de biocarburants admissibles pour satisfaire l'objectif, ils ont proportionnellement moins la possibilité de bénéficier de cette réduction. De plus, les produits à base d'huile de palme ne constituent pas des sources d'énergie admissibles aux fins de la possibilité de bénéficier de la mesure TIRIB de la France.

7.1382. Aux termes de l'article 2.1 a), "une limitation de la possibilité de bénéficier d'une subvention peut être établie "de nombreuses manières différentes", y compris, par exemple, "en fonction du type d'activités menées par les bénéficiaires"".[1635] Sur la base du texte des instruments sous–jacents examinés plus haut, le Groupe spécial constate que la subvention dont l'existence conformément à l'article 1.1 a été supposée pour les besoins de l'argumentation – c'est–à–dire l'assujettissement à une taxe inférieure associé à l'incorporation de biocarburants admissibles – est spécifique au sens de l'article 2.1 a) parce que la possibilité de bénéficier de cette subvention est limitée aux opérateurs économiques qui mettent à la consommation des carburants incorporant des biocarburants admissibles.

7.1383. Selon la Malaisie, la subvention est spécifique à "certaines entreprises" qui sont "les opérateurs économiques qui incorporent et mettent à la consommation de l'essence et des carburants diesel incorporant des biocarburants autres que le biocarburant dérivé du palmier à

[1631] Circulaire du gouvernement français du 18 août 2020 (pièce EU-197), article 8.
[1632] Article 266*quindecies* – Code des douanes – Légifrance (pièce EU-199).
[1633] Article 266*quindecies* – Code des douanes – Légifrance (pièce EU-199).
[1634] Circulaire du gouvernement français du 18 août 2020 (pièce EU-197), article 8.
[1635] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux VII*, paragraphe 7.722 (citant, entre autres, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Lave-linge*, paragraphe 5.223).

huile".[1636] L'Union européenne répond que, bien que l'approche de la spécificité de la Malaisie présuppose que certains opérateurs économiques sont exclus du champ de la mesure TIRIB de la France parce qu'ils incorporent uniquement un type donné de biocarburant dans leur produit final, la Malaisie elle-même "rejette cette hypothèse et explique qu'*en réalité* il n'y a pas de groupe d'entreprises de ce type" en reconnaissant que "tous les opérateurs économiques mettant du carburant à la consommation mélangent différents types de biocarburants".[1637] En outre, l'Union européenne fait remarquer que la Malaisie "reconnaît les particularités du processus de mélange qui font que les opérateurs économiques *ont pour pratique générale* d'incorporer différents types de biocarburants dans l'essence et les carburants diesel".[1638] Le Groupe spécial note toutefois que, comme il a été indiqué plus haut, l'examen de la spécificité au titre de l'article 2.1 a) est axé sur le point de savoir si la *possibilité de bénéficier* de la subvention est explicitement limitée à certaines entreprises, et non sur le point de savoir si, *en fait*, elles reçoivent la subvention.[1639] Ainsi, le fait que la Malaisie reconnaît[1640] que tous les opérateurs économiques, "en réalité"[1641], ou "[en tant que] pratique générale"[1642], mélangent différents types de biocarburants ne réfute pas à lui seul l'idée que la *possibilité de bénéficier* de la subvention est *explicitement limitée* aux opérateurs économiques qui incorporent et mettent à la consommation des carburants incorporant des biocarburants autres que le biocarburant dérivé de l'huile de palme.

7.1384. L'Union européenne affirme également qu'il n'y a pas spécificité en vertu de l'article 2.1 b) car la subvention en cause est fondée sur "des critères ou conditions objectifs régissant le droit de bénéficier de la subvention alléguée et le montant de celle–ci" qui "sont clairement énoncés dans la législation, la réglementation ou autre document officiel, de manière à pouvoir être vérifiés, et ce droit est automatique".[1643]

7.1385. Pour sa part, la Malaisie reconnaît que l'analyse de la spécificité devrait prendre en considération de façon appropriée à la fois l'article 2.1 a) et l'article 2.1 b).[1644] Toutefois, comme il a été noté plus haut dans le contexte de l'article 2.1 a), la Malaisie fait également valoir que la possibilité de bénéficier de la subvention "est limitée à certaines entreprises, en particulier aux opérateurs économiques qui mettent à la consommation de l'essence et des carburants diesel contenant des biocarburants *autres que* le biocarburant dérivé du palmier à huile".[1645]

7.1386. L'article 2.1 b) prévoit qu'"il n'y aura pas" spécificité "[d]ans les cas où l'autorité qui accorde la subvention, ou la législation en vertu de laquelle ladite autorité agit, subordonne à des critères ou conditions objectifs le droit de bénéficier de la subvention et le montant de celle–ci, … à condition que le droit de bénéficier de la subvention soit automatique et que lesdits critères ou conditions soient observés strictement". La note de bas de page 2 relative à l'article 2.1 b) définit les "critères ou conditions objectifs" comme étant ceux "[qui sont] neutres, qui ne favorisent pas certaines entreprises par rapport à d'autres, et qui sont de caractère économique et d'application horizontale, par exemple nombre de salariés ou taille de l'entreprise".

7.1387. Comme il a été indiqué plus haut dans le contexte de l'analyse au titre de l'article 2.1 a), le texte des instruments sous–jacents établit que seuls les opérateurs qui incorporent et mettent à la consommation des carburants incorporant des sources d'énergie admissibles ont la possibilité de bénéficier d'une réduction de la TIRIB. Cela signifie également que, aux fins de l'article 2.1 b), les critères ou conditions régissant le droit de bénéficier de la mesure TIRIB de la France ne sont pas "objectifs" dans la mesure où ils "favorisent certaines entreprises par rapport à d'autres", c'est-à-dire les opérateurs qui incorporent et mettent à la consommation des carburants incorporant des sources

[1636] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1119. (mise en relief dans l'original) Voir aussi Malaisie, réponse à la question n° 195 du Groupe spécial.

[1637] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1666 et 1667. (pas de mise en relief dans l'original)

[1638] Malaisie, réponse à la question n° 195 du Groupe spécial.

[1639] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits antidumping et compensateurs (Chine)*, paragraphe 368. (mise en relief dans l'original) Voir aussi le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux VII*, paragraphes 7.709 et 7.721.

[1640] Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 339 (notant que, "[p]armi ce groupe d'entreprises, il n'y a aucun groupe qui incorpore seulement un type de biocarburants donné").

[1641] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1666 et 1667. (pas de mise en relief dans l'original)

[1642] Malaisie, réponse à la question n° 195 du Groupe spécial.

[1643] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1673.

[1644] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1115.

[1645] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1117.

d'énergie admissibles par rapport aux opérateurs qui incorporent et mettent à la consommation des carburants incorporant du biocarburant dérivé de l'huile de palme.[1646]

#### 7.2.3.2.2.4 Conclusion concernant l'article 2

7.1388. Les instruments qui énoncent les conditions régissant le droit de bénéficier de la subvention établissent que seuls les opérateurs économiques qui mettent à la consommation des carburants incorporant des biocarburants admissibles ont la possibilité de bénéficier d'un traitement fiscal favorable dans le cadre de la mesure TIRIB de la France, alors que les opérateurs qui n'incorporent pas de biocarburants admissibles n'ont pas cette possibilité et, dans la mesure où ils n'incorporent pas suffisamment de biocarburants admissibles pour satisfaire l'objectif, ils ont proportionnellement moins la possibilité de bénéficier du traitement fiscal favorable.

7.1389. Le Groupe spécial constate donc que la subvention dont l'existence a été supposée aux fins de l'analyse pour les besoins de l'argumentation du Groupe spécial est spécifique au sens de l'article 2.1 a) car la possibilité de bénéficier de cette subvention est limitée aux opérateurs économiques qui mettent à la consommation des carburants incorporant des biocarburants admissibles. Aux fins de l'article 2.1 b), cela signifie également que les critères ou conditions régissant le droit de bénéficier du traitement fiscal favorable ne sont pas "objectifs" dans la mesure où ils "favorisent certaines entreprises par rapport à d'autres", c'est–à–dire les opérateurs qui mettent à la consommation des carburants incorporant des biocarburants admissibles par rapport aux opérateurs qui incorporent et mettent à la consommation des carburants n'incorporant pas des biocarburants admissibles.

### 7.2.3.2.3 Articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c) – Effets défavorables et préjudice grave

#### 7.2.3.2.3.1 Introduction

7.1390. Le Groupe spécial a supposé pour les besoins de l'argumentation que la TIRIB française accordait une contribution financière, qu'une subvention au sens de l'article premier existerait car un avantage serait ainsi conféré et que cette subvention serait spécifique au sens de l'article 2. Il examine maintenant les allégations au titre des articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord SMC.

7.1391. La Malaisie affirme[1647] que la mesure TIRIB de la France est incompatible avec l'article 5 c) car le traitement fiscal favorable accordé aux opérateurs qui mettent à la consommation en France du carburant incorporant des biocarburants admissibles constitue une subvention pouvant donner lieu à une action qui cause des effets défavorables pour les intérêts de la Malaisie, sous la forme d'un préjudice grave causé à ses intérêts au sens de l'article 6.3 a) et 6.3 c).

7.1392. L'Union européenne affirme[1648] que la Malaisie n'a pas démontré que la mesure TIRIB de la France avait causé des effets défavorables. En particulier, elle dit que l'existence d'un lien de causalité n'a pas été étayée parce que, entre autres choses, le scénario contrefactuel avancé pour montrer l'existence d'un lien de causalité n'est pas valable. Selon l'Union européenne, on ne peut pas supposer que toute baisse des exportations d'huile de palme malaisiennes vers la France entre 2019 et 2020 est imputable à la mesure TIRIB de la France.[1649] Elle affirme en outre que l'analyse du lien de causalité de la Malaisie fait abstraction de facteurs qui devraient être pris en considération, y compris les conditions du marché et la distance théorique entre les activités du bénéficiaire de la subvention et les produits au sujet desquels les effets sont allégués.[1650] De plus, l'Union européenne laisse entendre qu'en l'absence de la subvention alléguée, les phénomènes sur le marché que sont le détournement et/ou les pertes de ventes se seraient tout de même produits en raison de facteurs liés au marché, ainsi que de la forte pression de l'opinion publique en faveur

[1646] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Bois de construction résineux VII*, paragraphe 7.727.

[1647] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1120 à 1211; deuxième communication écrite, paragraphes 469 à 523; réponses aux questions du Groupe spécial, pages 129 et 130; et observations sur les réponses de l'UE aux questions du Groupe spécial, pages 334 à 339.

[1648] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1675 à 1819; deuxième communication écrite, paragraphes 342 à 363; et réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphes 1066 à 1095.

[1649] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1710.

[1650] Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1777.

de la protection de l'environnement et d'autres facteurs liés à la demande tels que les préoccupations éthiques, la réputation, la marque et la responsabilité sociale des entreprises.[1651]

#### 7.2.3.2.3.2 Critère juridique

7.1393. L'article 5 s'intitule "Effets défavorables". L'article 5 c), lu conjointement avec la clause introductive de l'article 5, dispose ce qui suit:

> Aucun Membre ne devrait causer, en recourant à l'une quelconque des subventions visées aux paragraphes 1 et 2 de l'article premier, d'effets défavorables pour les intérêts d'autres Membres, c'est–à–dire:
>
> …
>
> c) causer un préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre.[[1652]]

7.1394. L'article 6 de l'Accord SMC s'intitule "Préjudice grave". L'article 6.3 a) et c) dispose ce qui suit:

> 6.3 Un préjudice grave au sens du paragraphe c) de l'article 5 peut apparaître dès lors qu'il existe l'une ou plusieurs des situations ci–après:
>
> > a) la subvention a pour effet de détourner les importations d'un produit similaire d'un autre Membre du marché du Membre qui accorde la subvention ou d'entraver ces importations;
> >
> > …
> >
> > c) la subvention se traduit par une sous–cotation notable du prix du produit subventionné par rapport au prix d'un produit similaire d'un autre Membre sur le même marché, ou a pour effet d'empêcher des hausses de prix ou de déprimer les prix ou de faire perdre des ventes sur le même marché dans une mesure notable;

7.1395. Les articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c) ont été interprétés et appliqués dans un certain nombre d'affaires antérieures et les deux parties présentent leurs interprétations respectives du critère juridique applicable en faisant référence à des affaires antérieures.

7.1396. Le Groupe spécial développera les éléments pertinents des critères juridiques énoncés aux articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c) selon qu'il sera nécessaire dans le cadre de son évaluation des questions faisant l'objet du différend.

#### 7.2.3.2.3.3 Approche générale de l'évaluation des effets défavorables et du préjudice grave

7.1397. La Malaisie a utilisé une approche en deux étapes pour présenter ses arguments concernant les effets défavorables et le préjudice grave. Pour chacun des effets allégués de la subvention alléguée (détournement et pertes de ventes), elle a cherché à démontrer l'existence de l'effet allégué, puis a fait valoir dans une deuxième étape que la subvention était une cause réelle et substantielle des effets.[1653]

---

[1651] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1788 à 1793; deuxième communication écrite, paragraphe 360; et réponse à la question n° 192.

[1652] La note de bas de page relative au texte de l'article 5 c) dispose ce qui suit: "L'expression "préjudice grave aux intérêts d'un autre Membre" est utilisée dans le présent accord avec le même sens qu'au paragraphe 1 de l'article XVI du GATT de 1994 et s'entend également de la menace d'un préjudice grave."

[1653] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1143 à 1166 et 1184.

7.1398. Le Groupe spécial observe qu'il a été procédé à une analyse des effets défavorables et du préjudice grave selon une approche unitaire ou en deux étapes.[1654] Dans une approche unitaire, l'analyse des phénomènes particuliers sur le marché visés dans les alinéas de l'article 6.3 n'est pas effectuée séparément de l'analyse de la question de savoir s'il existe un lien de causalité entre ces phénomènes sur le marché et les subventions contestées. En revanche, dans une approche en deux étapes, l'analyse vise d'abord à identifier les phénomènes sur le marché, puis, dans une deuxième étape, à examiner s'il existe un lien de causalité entre la situation observée sur le marché et la subvention. Le Groupe spécial note que l'Organe d'appel a observé qu'une approche unitaire "[avait] un solide fondement conceptuel" et qu'il pouvait être difficile de déterminer l'existence de certains des phénomènes sur le marché qui étaient visés à l'article 6.3 sans examiner l'effet de la subvention en cause.[1655] Il souscrit à ce raisonnement tel qu'il est exposé dans la déclaration ci–après de l'Organe d'appel[1656]:

> [U]ne approche unitaire qui utilise une hypothèse sera généralement l'approche la plus appropriée pour procéder à l'évaluation requise au titre de l'article 6.3 de l'Accord SMC. … [I]l est difficile de comprendre les phénomènes sur le marché décrits dans les divers alinéas de l'article 6.3 isolément des subventions contestées. En fait, l'examen des effets des subventions contestées est indissociable de l'identification de ces phénomènes sur le marché. Toute tentative visant à identifier l'un des phénomènes sur le marché prévus à l'article 6.3 sans examiner les subventions en cause ne peut être que de nature préliminaire puisque l'article 6.3 prescrit que le phénomène sur le marché soit l'effet de la subvention contestée. Cela signifie également qu'une approche en deux étapes reporte l'élément central de l'analyse à la deuxième étape. Dans d'autres cas, c'est le problème opposé qui pourrait se poser. En laissant artificiellement de côté la question de savoir si le phénomène sur le marché est l'effet de la subvention, on pourrait ne pas tenir compte des phénomènes qui ont en fait lieu sur le marché.
>
> L'utilisation d'une analyse hypothétique offre à une entité juridictionnelle un cadre analytique utile permettant d'isoler et d'identifier correctement les effets des subventions contestées. En termes généraux, l'analyse hypothétique suppose une comparaison entre la situation réelle du marché observée par l'entité juridictionnelle et la situation du marché qui aurait existé en l'absence des subventions contestées. Cela exige de l'entité juridictionnelle qu'elle entreprenne un exercice de modélisation concernant ce à quoi le marché ressemblerait en l'absence des subventions. Un tel exercice est un élément nécessaire de l'approche hypothétique. Comme pour d'autres évaluations factuelles, il est clair que les groupes spéciaux ont une marge discrétionnaire dans la conduite de l'analyse hypothétique.

7.1399. Bien que la Malaisie ait choisi de suivre l'approche en deux étapes, le Groupe spécial estime qu'il relève de son pouvoir discrétionnaire de déterminer l'approche qu'il juge la plus appropriée dans les circonstances. Il considère que certains aspects des communications des parties sont pertinents à cet égard. Les parties conviennent que, en l'absence de mesures des pouvoirs publics encourageant l'utilisation de biocarburants, les opérateurs qui mettent du carburant à la consommation en France n'auraient aucune raison commerciale d'incorporer des biocarburants dans leur mélange de carburants. Cela tient au fait que les biocarburants ne peuvent pas être en concurrence sur une base commerciale avec les combustibles fossiles.[1657] En outre, des questions importantes se posent concernant le point de savoir si, en l'absence de la subvention contestée, le biocarburant dérivé de l'huile de palme aurait des possibilités d'être en concurrence pour une part du mélange de carburants.[1658]

7.1400. Le règlement de ces dernières questions par le Groupe spécial sera déterminant pour établir le contrefactuel approprié pour l'analyse du lien de causalité. Si le Groupe spécial devait conclure à

---

[1654] Rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1107; *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 431; et *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 354.

[1655] Rapports de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1107; et *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 354.

[1656] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1109 et 1110 (notes de bas de page omises).

[1657] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 563 et 1188.

[1658] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1151 et 1152; et deuxième communication écrite, paragraphes 503 à 506; Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1790 à 1795.

l'existence d'un marché contrefactuel des biocarburants n'offrant *pas* de possibilités de concurrence au biocarburant dérivé de l'huile de palme, les effets défavorables allégués n'auraient pas été causés par la subvention. À titre subsidiaire, s'il devait adopter le point de vue contraire, la nature des possibilités de concurrence du biocarburant dérivé de l'huile de palme qui existeraient dans le contrefactuel éclairerait nécessairement l'analyse ultérieure des effets sur le marché. Cela semble indiquer qu'une analyse unitaire des effets défavorables serait la manière de procéder la plus efficace pour le Groupe spécial. À cet égard, le Groupe spécial constate que, dans les circonstances du présent différend, et comme l'Organe d'appel l'a observé, "une approche en deux étapes reporte l'élément central de l'analyse à la deuxième étape". Par conséquent, il décide d'adopter une approche unitaire et de passer ensuite à la question de l'analyse contrefactuelle appropriée.

#### 7.2.3.2.3.4 Analyse contrefactuelle appropriée

7.1401. Pour faire admettre une allégation de préjudice grave, le plaignant doit démontrer que les subventions en cause ont causé un ou plusieurs des effets prescrits sur le marché pertinent. Le lien de causalité entre une subvention et ses effets qui est requis aux fins de cette démonstration a constamment été présenté comme "un rapport réel et substantiel de cause à effet", bien qu'un groupe spécial n'ait pas besoin de déterminer que la subvention était la cause unique de cet effet, ni même la seule cause substantielle de cet effet.[1659]

7.1402. Un certain nombre de facteurs ont été jugés pertinents pour évaluer si une subvention contestée causait les effets qui constituent un préjudice grave, comme la nature de la subvention, la manière dont la subvention fonctionne, la mesure dans laquelle la subvention est accordée en ce qui concerne un ou des produits particuliers, les conditions sur le marché, la distance théorique entre les activités du bénéficiaire de la subvention et les produits au sujet desquels les phénomènes sur le marché sont allégués.[1660] Comme il a été indiqué plus haut, une analyse contrefactuelle a été jugée essentielle pour examiner ces facteurs afin de déterminer si les phénomènes sur le marché allégués étaient l'effet des subventions contestées.[1661]

7.1403. Dans un examen des pertes de ventes alléguées, par exemple, cela nécessiterait une comparaison des ventes réellement effectuées par l'entreprise (les entreprises) concurrente(s) du Membre plaignant avec un scénario hypothétique selon lequel l'entreprise (les entreprises) subventionnée(s) n'aurait (auraient) pas reçu les subventions contestées. Il y aurait des pertes de ventes dans les cas où un scénario hypothétique montre que les ventes effectuées par l'entreprise (les entreprises) subventionnée(s) auraient été effectuées à la place par l'entreprise (les entreprises) concurrente(s) du Membre plaignant, révélant ainsi l'effet des subventions contestées.

7.1404. Dans certaines circonstances, des facteurs autres que la subvention en cause peuvent avoir causé un effet particulier sur le marché ou avoir contribué à celui–ci. Les effets de ces autres facteurs de causalité ne devraient pas être imputés aux subventions en cause, et la mesure dans laquelle les autres facteurs de causalité diluent le lien de causalité entre ces subventions et les effets défavorables allégués devrait être prise en compte au moment de déterminer s'il existe un rapport réel et substantiel de cause à effet entre les subventions et le phénomène sur le marché allégué.[1662] Cet examen s'appelle l'analyse aux fins de la non–imputation.

7.1405. Le choix d'un contrefactuel approprié définira, à titre préliminaire, toute analyse des effets défavorables et du préjudice grave sur les marchés pertinents, du lien de causalité et de la non–imputation.

7.1406. Les parties reconnaissent que le scénario contrefactuel approprié est un scénario qui existerait en l'absence de la subvention contestée.[1663] Le Groupe spécial rappelle qu'il a constaté,

---

[1659] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 913.

[1660] Voir le rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.560.

[1661] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1109 et 1110.

[1662] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2ème plainte)*, paragraphe 914. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 437; *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 375; et *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphes 1232 et 1376.

[1663] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1194 à 1196; Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1787 et 1788.

sur la base de la supposition pour les besoins de l'argumentation selon laquelle la TIRIB française accordait une contribution financière sous la forme de recettes publiques abandonnées, qu'un avantage était conféré aux contribuables dont l'assujettissement à la taxe était réduit, et que cette subvention était spécifique au sens de l'article 2. Par conséquent, le scénario contrefactuel serait un scénario dans lequel la TIRIB française ne réduit plus le montant de la taxe à laquelle sont assujettis les contribuables incorporant des biocarburants admissibles.

7.1407. Les parties conviennent que, en l'absence d'une incitation à incorporer des biocarburants dans le mélange de carburants, les opérateurs qui mettent du carburant à la consommation en France n'ont aucune raison commerciale d'incorporer ces biocarburants car les biocarburants ne peuvent pas être en concurrence sur une base commerciale avec les combustibles fossiles.[1664] Il s'ensuit que, en l'absence de l'incitation créée par la TIRIB française, il n'y a pas de marché pour le biocarburant devant être incorporé dans le mélange de carburants consommé en France. La non-viabilité commerciale des biocarburants destinés à être incorporés dans le mélange de carburants par rapport aux combustibles fossiles appuie la conclusion selon laquelle, en l'absence de l'incitation créée par la TIRIB française, tous les biocarburants dérivés de cultures disparaîtraient du marché des combustibles dans le secteur des transports en France.

7.1408. En d'autres termes, l'absence de la subvention éliminerait l'incitation à incorporer les biocarburants admissibles dans le mélange de carburants mis à la consommation en France, mais cela ne redonnerait pas au biocarburant dérivé de l'huile de palme la position sur le marché qu'il occupait lorsqu'il était en concurrence avec d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses. D'après ce raisonnement, l'analyse contrefactuelle montre que "la situation du marché qui aurait existé en l'absence des subventions contestées" n'est pas une situation dans laquelle les effets défavorables allégués pour les intérêts de la Malaisie sont atténués. Si la subvention était la cause des effets défavorables, son absence devrait entraîner l'atténuation de ces effets défavorables. Comme tel n'est pas le cas, il est démontré que les subventions contestées n'ont pas causé les effets défavorables allégués. Pour dire les choses simplement, l'absence de la subvention contestée ne se traduirait pas par de meilleurs résultats sur le marché pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme face à la non–viabilité commerciale des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses par rapport aux combustibles fossiles.

7.1409. La Malaisie soutient que le contrefactuel devrait en outre tenir compte de l'applicabilité continue des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, de sorte qu'il faudrait quand même utiliser les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses en France pour satisfaire ces objectifs.[1665] Elle considère les objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables comme des prescriptions dont le respect exige de la France qu'elle prenne certaines mesures.[1666]

7.1410. Le Groupe spécial rappelle que, bien que les objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables permettent que le biocarburant dérivé de l'huile de palme satisfasse une partie des objectifs pendant la période d'élimination progressive, l'incorporation de biocarburant dérivé de l'huile de palme n'est pas exigée par les objectifs. Il relève l'importance accordée par la Malaisie à des considérations qui pourraient favoriser une mise en œuvre conduisant à des possibilités commerciales pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme, alors que l'Union européenne a souligné les motivations stratégiques concernant d'autres résultats qui n'entraîneraient pas de possibilités commerciales pour ce biocarburant.[1667] À cet égard, il rappelle que l'approche contrefactuelle "exige de l'entité juridictionnelle qu'elle entreprenne un exercice de modélisation concernant ce à quoi le marché ressemblerait en l'absence des subventions".[1668] Les divergences de vues des parties sur le rôle des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables soulèvent toutefois des questions sur le point de savoir si, en plus de modéliser la façon dont les conditions du marché auraient réagi en l'absence des subventions, le Groupe spécial devrait aussi faire des conjectures sur le point de savoir si et comment le Membre qui accorde la subvention pourrait

[1664] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 563 et 1188; Union européenne, première communication écrite, paragraphes 10 et 1425.
[1665] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1152.
[1666] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1152.
[1667] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1194 à 1201; Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1624.
[1668] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1110.

adopter (ou aurait pu adopter) d'autres interventions pour donner suite à ses diverses priorités en l'absence de la subvention contestée.

7.1411. Le Groupe spécial rappelle que l'analyse contrefactuelle effectuée au titre de l'article 5 c) vise à déterminer si la subvention cause ou non les effets défavorables allégués, et non à explorer diverses autres possibilités d'action. À partir d'éléments de preuve fiables et d'une compréhension de la dynamique du marché, il considère qu'il est relativement possible d'entreprendre un exercice de modélisation qui appuie une conclusion motivée selon laquelle, en l'absence de la subvention, il est probable que les conditions du marché réagiraient, ou auraient réagi, d'une manière particulière qui montre si les effets défavorables auraient ou non été atténués en l'absence de la subvention.

7.1412. Le Groupe spécial reconnaît que l'existence des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables donne à penser qu'il est possible que la France adopterait, ou aurait adopté, une autre mise en œuvre en l'absence de la subvention. Toutefois, il considère qu'une analyse contrefactuelle concernant d'autres interventions des pouvoirs publics qui pourraient, ou auraient pu, être adoptées en l'absence de la subvention pour mettre en œuvre les objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables est beaucoup plus fondée sur des conjectures qu'un exercice de modélisation du marché. Dans la mesure où de telles conjectures seraient justifiées, le Groupe spécial considère que les éléments de preuve donnent à penser que les pouvoirs publics français continueraient de poursuivre l'objectif de politique générale consistant à exclure les biocarburants dérivés de l'huile de palme avant la date limite prévue dans la directive de l'UE. Surtout, il trouve que les éléments de preuve versés au dossier ne suffisent pas pour conclure que, en l'absence de la subvention, une autre intervention des pouvoirs publics établirait nécessairement un rapport de concurrence entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme et d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses pour une part du mélange de carburants en France.

7.1413. Comme il a été indiqué, l'utilité de l'application d'une analyse contrefactuelle est "d'isoler et d'identifier correctement les effets des subventions contestées".[1669] Le Groupe spécial est donc conscient que l'analyse contrefactuelle appropriée devrait isoler les effets de la subvention contestée par rapport à d'autres aspects de la TIRIB française qui ne constituent pas la subvention en soi. La Malaisie a centré ses arguments concernant le lien de causalité sur les effets allégués survenus pendant la période 2019–2020 au cours de laquelle le biocarburant dérivé de l'huile de palme était exclu du groupe des biocarburants admissibles, par rapport aux années antérieures au cours desquelles le biocarburant dérivé de l'huile de palme était un biocarburant admissible, pouvait bénéficier du traitement fiscal favorable et était, sur cette base, en concurrence avec d'autres biocarburants pour l'incorporation dans le mélange de carburants.[1670] Elle signale la correspondance temporelle des effets de la subvention contestée qui se sont manifestés de 2019 à 2020.[1671] Il n'y a toutefois pas de correspondance temporelle entre l'adoption de la subvention contestée et les effets défavorables allégués. En fait, les effets défavorables allégués correspondent dans le temps à l'*exclusion* proposée et mise en œuvre du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles. La correspondance temporelle de l'adoption de l'*exclusion* par opposition à la réduction préexistante de taxe donne à penser au Groupe spécial que les effets défavorables allégués ont été l'effet de l'*exclusion* et non de la subvention alléguée. Le Groupe spécial note à cet égard que la Malaisie a allégué que l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé de l'huile de palme, de la mesure TIRIB de la France est incompatible avec les articles I:1 et III:2 du GATT de 1994, et il a formulé des constatations positives concernant ces allégations.

7.1414. Le Groupe spécial rappelle, toutefois, que la subvention en question est le traitement fiscal favorable accordé aux contribuables qui incorporent des biocarburants admissibles afin que le montant de la taxe à acquitter soit plus faible que celui qui aurait été normalement exigible. Il est donc contraint d'examiner les effets de la subvention spécifique dont l'existence a été constatée (pour les besoins de l'argumentation), et non d'autres aspects de la TIRIB française qui ne constituent pas la subvention. De l'avis du Groupe spécial, la subvention a pour effet de créer une demande de biocarburants admissibles devant être incorporés dans le carburant mis à la consommation en France. La subvention permet donc aux biocarburants admissibles de surmonter

[1669] Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1100.

[1670] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1144 à 1166.

[1671] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 1145, 1161, 1162, 1165 et 1190; et deuxième communication écrite, paragraphes 490, 494 et 498.

un désavantage concurrentiel par rapport aux combustibles fossiles. Les possibilités de commercialisation du biocarburant dérivé de l'huile de palme existaient lorsque ce biocarburant était traité comme un biocarburant admissible, et ces possibilités pourraient exister à nouveau uniquement par suite d'une autre intervention visant à créer des possibilités semblables. Par conséquent, le Groupe spécial constate que l'analyse contrefactuelle appuie la conclusion selon laquelle les effets défavorables allégués ne sont pas causés par la subvention en cause en l'espèce (qui permet à certains biocarburants d'être en concurrence avec les combustibles fossiles), mais sont plutôt causés par l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles. Pour cette raison, il constate que la Malaisie n'a pas établi que les effets défavorables allégués étaient causés par la subvention au sens des articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c).

#### 7.2.3.2.3.5 Conclusion concernant les effets défavorables et le préjudice grave

7.1415. Pour les raisons exposées plus haut, à supposer pour les besoins de l'argumentation que la TIRIB française accorde une contribution financière au sens de l'article 1.1 a) 1) ii) de sorte qu'il existe une subvention au sens de l'article premier parce qu'un avantage est ainsi conféré, et que cet avantage est spécifique au sens de l'article 2, le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a pas établi que cette subvention causait les effets défavorables allégués au sens des articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c).

### 7.2.3.3 Conclusion générale concernant les allégations au titre de l'Accord SMC

7.1416. Le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a pas établi que la mesure TIRIB de la France accordait une subvention constituant une subvention spécifique qui causait des effets défavorables sous la forme d'un préjudice grave au titre des articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord SMC.

## 7.3 Allégations concernant les mesures lituaniennes

### 7.3.1 Introduction

7.1417. Outre les mesures à l'échelle de l'UE et la mesure française, la Malaisie conteste certaines mesures lituaniennes.

7.1418. La Malaisie affirme[1672] que si les mesures en cause de l'UE devaient être jugées incompatibles avec les engagements pertinents de l'UE dans le cadre de l'OMC, les règles de la Lituanie transposant les éléments pertinents de la Directive RED II devraient aussi être jugées incompatibles avec les engagements pertinents de la Lituanie dans le cadre de l'OMC.

7.1419. L'Union européenne affirme[1673] que la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie n'indique pas avec suffisamment de précision les dispositions pertinentes de la loi lituanienne en question, à quelles mesures de l'UE elles se rapportent ni quelles dispositions de l'ordre juridique de la Lituanie mettant en œuvre ces dispositions sont incompatibles avec quelles obligations contractées dans le cadre de l'OMC. En tout état de cause, l'Union européenne fait valoir que la Malaisie n'a pas fourni d'éléments *prima facie* car elle n'avance aucun élément de preuve ni aucun argument pour expliquer en quoi les mesures de la Lituanie violent les mêmes obligations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994 que celles que la Malaisie soulève en ce qui concerne les mesures de l'UE.

### 7.3.2 Demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie

7.1420. Le Groupe spécial se réfère aux paragraphes 2.76 et 2.77 de la partie descriptive du présent rapport, qui présentent les mesures lituaniennes telles que la Malaisie les décrit dans la partie III de sa demande d'établissement d'un groupe spécial.

---

[1672] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 373, 380 à 383, 404 à 406 et 1214; deuxième communication écrite, paragraphes 525 à 535; réponse à la question n° 5 du Groupe spécial, pages 3 et 4; et observations sur les réponses de l'Union européenne aux questions n° 6 et 15 du Groupe spécial, pages 42 et 62.

[1673] Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1821 à 1833; deuxième communication écrite, paragraphe 365; réponse à la question n° 6 du Groupe spécial, paragraphes 6 à 12; et observations sur la réponse de la Malaisie à la question n° 5 du Groupe spécial, paragraphes 1 à 11.

7.1421. En outre, le Groupe spécial note que la partie IV de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie s'intitule "Fondement juridique de la plainte". Après un examen des mesures à l'échelle de l'UE et des mesures françaises, qui comporte une énumération des allégations juridiques en ce qui concerne chaque ensemble de mesures, le paragraphe 34 de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie indique ce qui suit, sous le titre "Lituanie":

> 34. Comme indiqué plus haut, la Malaisie soutient que les mesures énoncées en particulier, mais pas exclusivement, dans l'article 26 de la Directive RED II et dans le Règlement délégué sont incompatibles avec les obligations de l'UE au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994. En conséquence, toute mise en œuvre par la Lituanie de ces mesures dans son droit interne serait aussi incompatible avec les mêmes obligations prévues par l'Accord OTC et le GATT de 1994.

### 7.3.3 Communications de la Malaisie

7.1422. Dans sa première communication écrite, la Malaisie traite de la mesure lituanienne dans deux paragraphes au libellé identique qui contiennent l'argument exposé plus haut. Elle ne développe pas cet argument dans des communications ultérieures. En outre, bien qu'elle ait présenté par la suite le texte de la Loi lituanienne n° XI-1375 en tant que pièce, la Malaisie n'a pas fourni de traduction de ce texte dans une langue de travail de l'OMC.

### 7.3.4 Évaluation du Groupe spécial

7.1423. Deux questions se posent au Groupe spécial, à savoir la question de savoir si la mesure a été dûment indiquée conformément à l'article 6:2 du Mémorandum d'accord et, dans l'affirmative, si la Malaisie a fourni des éléments *prima facie*. Ces questions présentent une séquence logique, et le Groupe spécial devrait normalement trancher la question relative à l'article 6:2 en premier.

7.1424. Les parties ont des vues opposées sur le point de savoir si la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie est conforme à la double prescription de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord qui impose d'"indiquer[] les mesures spécifiques en cause" et d'exposer le "fondement juridique de la plainte, [de manière] suffisant[e] pour énoncer clairement le problème". Elles ont développé leurs arguments concernant l'adéquation de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie au cours de la procédure, y compris dans leurs réponses à des questions du Groupe spécial. Leurs arguments tels qu'ils sont développés soulèvent plusieurs questions liées entre elles qui exigeraient du Groupe spécial qu'il analyse plusieurs questions impliquant différents aspects de la demande d'établissement d'un groupe spécial, et se prononce sur ces questions.

7.1425. Avant tout, bien qu'il apparaisse que la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie n'indique la teneur d'aucune disposition spécifique de la loi lituanienne en question[1674], elle inclut bien des références à des éléments de la Directive RED II et du Règlement délégué qui pourraient en principe permettre de faire une inférence raisonnable. Toutefois, il est fait référence aux éléments de la Directive RED II et du Règlement délégué selon différentes formulations pouvant prêter à confusion, y compris:

- une référence relativement générale "aux dispositions de la Directive RED II et du Règlement délégué" au paragraphe 29;
- ce qui pourrait être interprété comme une référence plus étroite à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS contenue à l'article 26 2) dans la description explicative faisant référence à un "risque élevé de CIAS" et à la "diminu[tion] [progressive] pour tomber à 0%" donnée au paragraphe 30; et
- la référence aux "mesures énoncées en particulier, mais pas exclusivement, dans l'article 26 de la Directive RED II et dans le Règlement délégué" figurant au paragraphe 34, qui indique explicitement que les mesures pertinentes à l'échelle de l'UE dont la Malaisie

[1674] La Malaisie soutien que la demande d'établissement d'un groupe spécial contient une "liste explicite de dispositions législatives lituaniennes". (Voir Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 529; demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 31.) Toutefois, le Groupe spécial note que la liste de dispositions figurant au paragraphe 31 i) fait référence aux dispositions modifiées de l'acte juridique en question, et non aux dispositions spécifiques contenant les mesures en cause.

> conteste la mise en œuvre dans le droit lituanien ne sont pas nécessairement limitées à la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS contenue à l'article 26 2).

7.1426. En outre, inclure dans une demande d'établissement d'un groupe spécial un hyperlien vers le texte intégral de la mesure contestée, comme la Malaisie l'a fait pour la loi lituanienne en question, pourrait en principe être un moyen d'indiquer la mesure en cause.[1675] Cette indication resterait toutefois soumise à la prescription relative à une précision suffisante pour aviser le défendeur de la nature de la mesure contestée.[1676] Il apparaît que le site Web accessible au moyen de l'hyperlien inclus par la Malaisie dans la demande d'établissement d'un groupe spécial contient le texte intégral de la loi lituanienne sans spécifier aucune disposition particulière contenant la (les) mesure(s) en cause. De plus, le texte intégral de la loi lituanienne auquel le lien permet d'accéder est dans la langue originale.

7.1427. Les questions soulevées au titre de l'article 6:2 sont encore compliquées par le fait que, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, la Malaisie fait référence à la "mesure lituanienne" au singulier au paragraphe 31, mais fait référence à "toute mise en œuvre par la Lituanie de ces mesures dans son droit interne" au paragraphe 34, d'une manière qui pourrait être comprise comme signifiant qu'elle conteste plus d'une mesure lituanienne. En réponse à des questions du Groupe spécial, la Malaisie se réfère aux "mesures lituaniennes en cause" au pluriel, et il apparaît qu'elle soutient que plusieurs mesures sont indiquées au paragraphe 31 de la demande d'établissement d'un groupe spécial.[1677] Pourtant, le paragraphe 31 énumère simplement les "instruments juridiques" au moyen desquels "la mesure lituanienne est établie et mise en œuvre".[1678]

7.1428. Le Groupe spécial aurait en outre besoin de clarifier la relation entre les différentes parties de la demande d'établissement d'un groupe spécial exposées plus haut aux fins de l'indication du "fondement juridique de la plainte". En réponse à une question du Groupe spécial, la Malaisie soutient que sa demande d'établissement d'un groupe spécial indique comme fondement juridique de sa plainte *toutes* les dispositions de l'Accord OTC et du GATT de 1994 qui constituent le fondement de ses allégations visant *toutes* les mesures à l'échelle de l'UE.[1679] La formulation du paragraphe 34 de la demande d'établissement d'un groupe spécial, lue isolément, fournit un fondement textuel pour cette conclusion. Toutefois, il apparaît que le paragraphe 30 fait spécifiquement référence à la mise en œuvre de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS à l'échelle de l'UE, et que le paragraphe 31 fait référence à la "mesure" au singulier. Lu conjointement avec ces éléments, le paragraphe 34 pourrait tout autant être lu comme signifiant "les mêmes obligations prévues par l'Accord OTC et le GATT de 1994" que celles qui constituent le fondement juridique de sa plainte visant l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS.

7.1429. Toutefois, à la différence des complexités potentielles entourant les questions relatives à la compatibilité avec les prescriptions de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord, le Groupe spécial estime manifeste que la Malaisie ne s'est pas efforcée de fournir des éléments *prima facie* en ce qui concerne les mesures lituaniennes.

7.1430. Le Groupe spécial rappelle que la charge de démontrer que les mesures lituaniennes sont incompatibles avec les dispositions pertinentes de l'Accord OTC et du GATT de 1994 incombe à la Malaisie en tant que plaignant dans le présent différend.[1680] Il appartient donc à la Malaisie de présenter des éléments de preuve et des arguments suffisants pour établir *prima facie* l'existence d'une violation des obligations énoncées dans ces dispositions.[1681] L'Organe d'appel a clairement indiqué ce qui suit:

> [I]l incombe à une partie d'indiquer dans ses communications la pertinence des dispositions législatives – les éléments de preuve – sur lesquelles elle s'appuie pour

[1675] Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.51.
[1676] Rapports de l'Organe d'appel *Argentine – Mesures à l'importation*, paragraphe 5.52.
[1677] Malaisie, réponse à la question n° 5 du Groupe spécial, pages 3 et 4.
[1678] Malaisie, demande d'établissement d'un groupe spécial, paragraphe 31.
[1679] Malaisie, réponse à la question n° 5 du Groupe spécial, pages 3 et 4.
[1680] Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16; et *CE – Hormones*, paragraphe 109.
[1681] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 98.

> étayer ses arguments. Il ne suffit pas de déposer simplement le texte intégral d'un instrument législatif et d'attendre du Groupe spécial qu'il découvre, par lui-même, quelle pertinence les diverses dispositions peuvent avoir ou ne pas avoir pour la position juridique d'une partie.[1682]

7.1431. Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, le Groupe spécial a constaté que le Membre plaignant "n'[avait] pas pu [faire une démonstration] *prima facie* … et n'[avait] pas fait une telle démonstration"[1683] en ce qui concerne une catégorie de lois fédérales et de lois d'États des États-Unis, décrites de façon résumée comme étant:

> les lois qui figurent dans la demande d'établissement d'un groupe spécial mais qui ne sont pas suffisamment analysées pour que le Groupe spécial puisse déterminer conformément à quelles dispositions particulières et comment les lois entraînent une prohibition de la fourniture transfrontières de services de jeux et paris qui serait incompatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'AGCS.[1684]

7.1432. Cette constatation n'a pas été examinée en appel, mais dans ce même différend, l'Organe d'appel a confirmé qu'une partie plaignante "ne [pouvait] pas tout simplement présenter des éléments de preuve et escompter que le groupe spécial devine, au regard de ces éléments, une allégation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC".[1685]

7.1433. Le Groupe spécial convient avec l'Union européenne que la Malaisie n'a pas avancé d'arguments ni présenté d'éléments de preuve selon lesquels la (les) mesure(s) lituanienne(s) était (étaient) incompatible(s) avec de quelconques dispositions spécifiques de l'Accord OTC et du GATT de 1994 dont la Malaisie allègue qu'elles ont été violées. En particulier, la Malaisie n'a indiqué ni décrit la teneur d'aucune disposition spécifique de la Loi n° XI-1375 contenant la (les) mesure(s) contestée(s), et encore moins la manière dont la (les) mesure(s) fonctionnait (fonctionnaient). Par conséquent, le Groupe spécial convient avec l'Union européenne qu'après avoir reçu toutes les communications des parties dans la présente procédure, ni le Groupe spécial ni l'Union européenne n'est en mesure de savoir quelle(s) disposition(s) spécifique(s) de la Loi lituanienne n° XI-1375 sur les énergies renouvelables il conviendrait d'analyser à la lumière de quelles allégations (c'est-à-dire, quelle(s) mesure(s) sont en jeu et quelles allégations devaient être rapportées à quelle mesure).[1686] De plus, la Malaisie n'a pas fourni au Groupe spécial ni à l'Union européenne le texte de la Loi lituanienne n° XI-1375 traduit dans une langue de travail de l'OMC, de façon contraire aux prescriptions du paragraphe 6 1) des Procédures de travail adoptées par le Groupe spécial.[1687]

7.1434. En outre, les arguments de la Malaisie visant la (les) mesure(s) lituanienne(s) en l'espèce consistent en seulement deux paragraphes de sa première communication écrite, qui répètent essentiellement la description de la (des) mesure(s) lituanienne(s) en cause incluse dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial.[1688]

7.1435. En résumé, la Malaisie a effectivement laissé au Groupe spécial la tâche consistant à identifier quelle(s) disposition(s) spécifique(s) de la Loi lituanienne n° XI-1375 sur les énergies renouvelables il conviendrait d'analyser à la lumière de quelles allégations juridiques, et n'a pas fourni au Groupe spécial le texte de la loi lituanienne dans une langue de travail de l'OMC conformément au paragraphe 6 1) des Procédures de travail. Bien que la Malaisie n'ait pas formellement abandonné ses allégations visant la (les) mesure(s) lituanienne(s), ce qui précède établit qu'elle n'a fait aucun effort pour développer ou faire valoir ses allégations et n'a

---

[1682] Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Exportations de blé et importations de grains*, paragraphe 191.

[1683] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphe 6.217.

[1684] Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphe 6.215.

[1685] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 140.

[1686] Union européenne, réponse à la question n° 6, paragraphes 6 à 12.

[1687] Le paragraphe 6 1) des Procédures de travail indique ce qui suit: "Si la langue originale d'une pièce, ou d'une partie de celle-ci, n'est pas une langue de travail de l'OMC, la partie ou tierce partie qui la présente en produira simultanément une traduction dans la langue de travail de l'OMC dans laquelle se tient la procédure." Il y est ajouté ce qui suit: "Le Groupe spécial pourra accorder des prorogations de délai raisonnables pour la traduction de pièces sur exposé de raisons valables." La Malaisie n'a invoqué aucune raison valable alléguée de ne pas s'être conformée au paragraphe 6 1), ni de demander un délai pour fournir une traduction conformément au paragraphe 6 1).

[1688] Malaisie, première communication écrite, paragraphes 380 à 382.

manifestement pas fourni d'éléments *prima facie*. Compte tenu de cela, le Groupe spécial ne voit aucune raison de se prononcer sur la multitude de questions liées entre elles concernant la compatibilité de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie avec l'article 6:2.

7.1436. Dans un différend antérieur dans lequel un Membre défendeur a demandé une décision préliminaire au titre de l'article 6:2 en ce qui concerne des allégations que le Membre plaignant a par la suite abandonnées, le Groupe spécial a indiqué ce qui suit:

> Le simple fait qu'il nous reste à examiner une question dans le cadre de l'article 6:2 ne signifie pas que nous devons, ou devrions, la régler. À titre préliminaire, il faut examiner si le règlement de cette question ferait réellement une quelconque différence. …
>
> À ce stade, nous notons que d'autres groupes spéciaux face à des questions dont ils avaient déterminé qu'elles étaient purement théoriques ont réagi en ne les examinant pas plus avant.[33] Dans les circonstances particulières de l'espèce, nous considérons que le but du mécanisme de règlement des différends de l'OMC, qui est d'"d'arriver à une solution positive des différends"[34], n'exige pas que nous nous prononcions sur une question relevant de l'article 6:2 dont nous avons déterminé qu'elle est purement théorique. De fait, il apparaît futile de proposer une décision liée à des allégations que la partie plaignante ne juge plus utile de maintenir.[35] Nous considérons pareillement qu'une décision sur une question relevant de l'article 6:2 qui se rapporte aux allégations abandonnées n'est pas nécessaire pour "aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu"[36] dans les accords visés.[1689]

[33] Voir, par exemple, les rapports des Groupes spéciaux *Chine – Appareils à rayons X*, paragraphe 7.410; *États-Unis – Acier laminé à chaud*, paragraphes 7.52 et 7.60; *États-Unis – Viande d'agneau*, paragraphe 5.65; et *Guatemala – Ciment II*, paragraphe 8.171.
[34] Article 3:7, deuxième phrase, du Mémorandum d'accord.
[35] L'article 3:7, première phrase, du Mémorandum d'accord dispose qu'avant de déposer un recours, un Membre doit juger si une action au titre des procédures du Mémorandum d'accord serait utile. Il nous semble qu'il est raisonnablement possible de faire appel à une logique similaire pour guider la question du maintien d'allégations devant un groupe spécial.
[36] Article 11, deuxième phrase, du Mémorandum d'accord.

7.1437. De même, en l'espèce, il serait parfaitement futile de régler la multitude de questions liées entre elles concernant la compatibilité de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie avec l'article 6:2 du Mémorandum d'accord pour conclure que la Malaisie n'a pas établi d'éléments *prima facie*. Le Groupe spécial laisse donc ces questions ouvertes et, aux fins d'une constatation concernant la non-existence d'éléments *prima facie*, suppose la compatibilité avec l'article 6:2 pour les besoins de l'argumentation.

### 7.3.5 Conclusion concernant le(s) mesure(s) lituanienne(s)

7.1438. Le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a établi *prima facie* l'existence d'une violation au titre de l'Accord OTC ou du GATT de 1994 pour aucune des mesures lituaniennes relevant de son mandat.

## 7.4 Opinion séparée d'un membre du Groupe spécial

7.1439. La majorité des membres du Groupe spécial a longuement et attentivement évalué les arguments des parties concernant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Elle a constaté que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était compatible avec les prescriptions de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Elle a en outre constaté que, bien que cette mesure soit incompatible avec les prescriptions de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article XX du GATT de 1994, ces incompatibilités étaient limitées à certains aspects de la manière dont la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était appliquée. Bien que je souscrive à des parties de l'analyse de la majorité des membres du Groupe spécial, je ne souscris pas à certains aspects essentiels de son raisonnement qui amènent à conclure i) que la mesure est compatible avec l'article 2.2 et ii) que les incompatibilités au titre de l'article 2.1 et de

[1689] Décision préliminaire du Groupe spécial *États-Unis – Mesures compensatoires et mesures antidumping (Chine)*, WT/DS449/4, paragraphes 3.9 et 3.10.

l'article XX sont limitées à certains aspects de la manière dont la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est appliquée.

7.1440. La Malaisie a contesté deux séries de mesures.

7.1441. Premièrement, la Malaisie conteste la part maximale de 7% prévue par la Directive RED II qui s'applique également et sans discrimination à tous les biocarburants dérivés de cultures. Je conviens avec la majorité des membres du Groupe spécial qu'il n'a pas été montré que la part maximale de 7%, qui s'applique indifféremment à tous les biocarburants dérivés de cultures, était incompatible avec l'Accord OTC. Il convient de noter à cet égard que la Malaisie n'a pas présenté d'allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC ou des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 en ce qui concerne la part maximale de 7%.

7.1442. Deuxièmement, la Malaisie conteste les mesures de l'UE et de la France qui visent un type particulier de biocarburants dérivés de cultures, c'est–à–dire le biocarburant dérivé de l'huile de palme, et ce dans le but d'éliminer ce type de biocarburant du marché des énergies renouvelables de l'UE. Je conviens également avec la majorité des membres du Groupe spécial que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a été appliquée d'une manière incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 pour les raisons exposées par la majorité des membres; et je partage en outre l'avis selon lequel cela s'applique *mutatis mutandis* à la mesure TIRIB de la France.

7.1443. Toutefois, je ne considère pas que les incompatibilités avec l'Accord OTC et le GATT de 1994 se limitent à ces questions, qui se rapportent exclusivement à certaines lacunes dans la manière dont elle a été appliquée. À mon avis, la Malaisie a présenté des éléments de preuve suffisants pour s'acquitter de la charge qui lui incombait de démontrer que l'objectif de la mesure incluait un élément de protectionnisme; et cette conclusion est renforcée par les éléments de preuve montrant qu'il y a une part d'arbitraire dans le traitement particulier réservé au biocarburant dérivé de l'huile de palme par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS dès lors qu'il apparaît que d'autres types d'huiles, notamment le soja, présentent le même risque allégué.

7.1444. La divergence de vues qui sous–tend la présente opinion séparée repose essentiellement sur le poids qu'il convient de donner à certains éléments de preuve présentés au Groupe spécial. Je ne vais pas identifier et analyser de manière exhaustive tous les éléments de preuve auxquels il pourrait être fait référence dans le contexte des questions soulevées, ni reprendre tous les arguments et contre–arguments des parties qui ont une incidence sur ces questions. En fait, dans ce qui suit, j'expose les justifications fondamentales des conclusions auxquelles je parviens en identifiant certains des éléments de preuve auxquels je donne plus de poids que la majorité des membres du Groupe spécial.

7.1445. S'agissant tout d'abord de l'objectif de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et de la question connexe du protectionnisme, le Groupe spécial est saisi d'éléments de preuve qu'il est difficile de concilier avec la conclusion selon laquelle l'objectif exclusif de la mesure est la limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. Dans ce qui suit, certains de ces éléments de preuve sont identifiés et examinés brièvement.

7.1446. Premièrement, je donne plus de poids que la majorité des membres du Groupe spécial à la recommandation expressément protectionniste figurant dans la résolution du 4 avril 2017 du Parlement européen qui demandait un abandon progressif de l'huile de palme utilisée dans les biocarburants, de préférence d'ici à 2020. Dans cette résolution de 15 pages, le Parlement européen analyse les conséquences pour le changement climatique, l'environnement, la déforestation et la société de la production d'huile de palme (et dans une certaine mesure d'autres cultures maraîchères et de l'agriculture en général). Bien que cette résolution fasse référence à des préoccupations relatives aux CIAS, elle appelle explicitement à favoriser "d'autres solutions plus durables pour l'utilisation de biocarburants, telles que les huiles … fabriquées à partir de colza ou de tournesol *cultivé dans l'Union*".[1690] Ainsi, selon ses propres termes, la résolution recommande d'interdire ou de faire progressivement cesser la consommation de biocarburant dérivé de l'huile de palme dans

[1690] Résolution du Parlement européen du 4 avril 2017 (pièce MYS-102), paragraphe 83. (pas de mise en relief dans l'original)

l'Union européenne tout en demandant que les biocarburants soient produits à partir de colza ou de tournesol "cultivé dans l'Union".

7.1447. Deuxièmement, je donne plus de poids que la majorité des membres du Groupe spécial aux éléments de preuve présentés par la Malaisie qui montrent que l'Union européenne dresse depuis longtemps des obstacles au commerce pour limiter les importations de biocarburant dérivé de l'huile de palme afin de protéger la branche de production de biocarburants de l'UE.[1691] La Malaisie a fait référence, en tant qu'éléments de preuve, à diverses déterminations antidumping de l'UE concernant les importations de biodiesel.[1692] Les mesures de défense commerciale visant les biocarburants importés qui ont été prises par l'Union européenne sur une période prolongée peuvent être considérées comme des éléments de preuve indiquant que les producteurs de l'UE ont à divers moments demandé et obtenu une protection contre les importations de biocarburants, y compris (mais pas exclusivement) le biocarburant dérivé de l'huile de palme, sous la forme de mesures commerciales.

7.1448. Troisièmement, je donne plus de poids que la majorité des membres du Groupe spécial à l'effet prévu de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sur la production dans l'UE d'huiles végétales et de biocarburants concurrents dans le cadre de l'évaluation de l'objectif de la mesure. Les mesures en cause dans le présent différend ont fait l'objet d'analyses spécialisées et de commentaires de la part de diverses institutions, et certaines de ces études figurent dans le dossier. Selon Delzeit *et al.*[1693]:

> La restriction visant l'huile de palme entraîne une utilisation accrue de toutes les autres huiles végétales aux fins de la production de biodiesel, et le principal bénéficiaire de la restriction est l'huile de colza, dont l'utilisation comme intrant a augmenté de neuf points de pourcentage. Cette constatation indique déjà un traitement préférentiel de l'huile végétale produite dans l'UE par rapport aux importations, étant donné que l'UE est le premier producteur mondial de colza.[1694]
>
> …
>
> [L]a demande croissante de biocarburants est dans une large mesure satisfaite par le biodiesel dérivé du colza; elle est stimulée en particulier par l'élimination progressive du biodiesel dérivé de l'huile de palme qui entraîne une diminution des importations d'huile de palme et de biodiesel dérivé de l'huile de palme vers l'UE. Cette diminution est compensée par l'augmentation de la production de colza et d'huile de colza dans l'UE, et dans une certaine mesure par une augmentation des importations d'huile de soja. Les agriculteurs de l'UE peuvent être considérés comme les bénéficiaires de cette politique étant donné qu'ils génèrent des recettes supplémentaires en raison de l'accroissement de la production de colza tout en obtenant en même temps des prix plus élevés.[1695]

7.1449. Il faut évaluer ces éléments de preuve globalement au lieu d'examiner chacune de ces déclarations isolément des autres. Je conclus que, lorsqu'il est évalué de cette manière, l'objectif de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne consiste pas simplement à limiter le risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées au biocarburants dérivés de cultures. En fait, il apparaît que l'objectif de la mesure comporte également un élément de protectionnisme.

7.1450. La conclusion selon laquelle il apparaît que la mesure comporte un élément de protectionnisme est renforcée par d'autres éléments de preuve dont dispose le Groupe spécial qui donnent fortement à penser qu'il y a une part d'arbitraire dans le traitement particulier du biocarburant dérivé de l'huile de palme du point de vue de l'objectif déclaré de limitation des émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures. La question fondamentale en l'espèce est qu'il apparaît que certains autres types de biocarburants dérivés de cultures, en particulier les biocarburants dérivés du soja, présentent un risque semblable d'émissions

[1691] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 584.
[1692] Il est fait référence aux déterminations et pièces pertinentes dans Malaisie, première communication écrite, paragraphes 207 et 584.
[1693] Voir Delzeit *et al.*, document de travail de Kiel n° 2203 (pièce IDN-2).
[1694] Voir Delzeit *et al.*, document de travail de Kiel n° 2203 (pièce IDN-2), page 10.
[1695] Voir Delzeit *et al.*, document de travail de Kiel n° 2203 (pièce IDN-2), page 17.

de GES liées aux CIAS. Dans ce qui suit, certains de ces éléments de preuve sont identifiés et examinés brièvement.

7.1451. Premièrement, la résolution du 4 avril 2017 du Parlement européen, qui demandait un abandon progressif de l'huile de de palme utilisée dans les biocarburants de préférence d'ici à 2020 (déjà évoquée plus haut), reconnaît en fait que l'huile de soja et d'autres huiles végétales peuvent avoir une empreinte écologique bien plus élevée que les biocarburants dérivés de l'huile de palme. Dans cette résolution, le Parlement européen:

> observe que l'empreinte écologique d'autres huiles végétales produites à partir de graines de soja, de colza et d'autres cultures est bien plus élevée et que celles–ci requièrent une utilisation bien plus vaste des terres que l'huile de palme; constate que d'autres cultures d'oléagineux nécessitent généralement un recours plus large aux pesticides et aux engrais[.][1696]

7.1452. Deuxièmement, selon un examen de publications dont un résumé figure dans le Rapport d'étude (2017), il a été constaté dans sept des neuf études examinées qui ont évalué les émissions liées aux CIAS pour tous les types de cultures oléagineuses que *le soja et le colza* produisaient des émissions liées aux CIAS supérieures à celles du palmier à huile.[1697]

7.1453. Troisièmement, un avis juridique interne établi par la Commission européenne en 2018 constitue un élément de preuve supplémentaire à l'appui de la même conclusion, et j'ai accordé le poids voulu à cet élément de preuve. À titre de rappel, le 17 janvier 2018, le Parlement européen a demandé l'abandon progressif, pour 2021, du biocarburant dérivé de l'huile de palme aux fins du calcul des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. L'amendement proposé visait l'huile de palme comme seule matière première pour biocarburants devant être exclue de la comptabilisation aux fins de la réalisation des objectifs de consommation d'énergies renouvelables de l'UE. L'amendement proposé par le Parlement européen a suscité des préoccupations de fond à la Commission européenne au sujet de la compatibilité de ces amendements avec les obligations de l'Union européenne dans le cadre de l'OMC. La Malaisie a présenté en tant que pièce, à cet égard, un avis juridique interne concernant la compatibilité de l'amendement proposé avec le droit de l'UE et de l'OMC.[1698] Cet avis conclut que:

> Ce traitement discriminatoire ne semble pas justifiable au regard des exceptions générales du GATT, *en particulier en raison de l'absence de preuves scientifiques solides justifiant le traitement différencié suggéré* pour protéger certaines valeurs légitimes de la société, notamment la santé et la vie (art. XX b)) ou la conservation des ressources naturelles épuisables (art. XX g)).[1699]

7.1454. Il apparaît que la conclusion relative à "l'absence de preuves scientifiques solides justifiant le traitement différencié suggéré" s'appuyait sur une évaluation indiquant que d'autres types de cultures pourraient produire des émissions de GES liées aux CIAS plus élevées que celles de l'huile de palme. Selon l'avis:

> Même si certaines preuves indiquent que l'huile de palme crée, en moyenne, davantage d'émissions de carbone que d'autres cultures oléagineuses, certaines sources d'huile de palme peuvent produire des émissions associées qui sont inférieures à cette moyenne. *Les émissions issues d'autres types de cultures varient également* et, en fonction des

[1696] Résolution du Parlement européen du 4 avril 2017 (pièce MYS-102), paragraphe 6.

[1697] Malaisie, première communication écrite, paragraphe 580 ii). Un rapport d'étude sur les prescriptions en matière de présentation de rapports sur les biocarburants et les bioliquides découlant de la Directive (UE) 2015/1513, établi par Woltjer *et al.*, a été publié en 2017 (Rapport d'étude (2017) (pièce MYS-189)). Le Rapport d'étude (2017) recensait 30 études qui présentaient un compte rendu des facteurs relatifs aux CAS et aux CIAS de différents biocarburants. Ces études étaient fondées sur un certain nombre de modèles et de méthodes, et indiquaient les C(I)AS par unité de masse. Dans 9 des 30 études figurant dans le Rapport d'étude (2017), une comparaison jugée pertinente pour le présent différend a pu être établie entre les émissions de GES liées aux CIAS de différents types de biodiesel. Selon les résultats de sept de ces études, les estimations de GES pour le biocarburant dérivé du soja étaient plus élevées que les estimations de GES pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme.

[1698] Lettre de la DG Commerce à la DG Énergie (pièce MYS-44).

[1699] Voir la lettre de la DG Commerce à la DG Énergie (pièce MYS-44), page 2. (pas de mise en relief dans l'original)

> circonstances, *ces types de cultures pourraient produire des émissions associées plus élevées que celles de certaines sources d'huile de palme*. La position du Parlement ne tient pas compte de ce point. C'est un élément qui pourrait manifestement affaiblir tout argument de l'UE au titre de l'alinéa g).[1700]

7.1455. Ces préoccupations se retrouvent également dans les analyses spécialisées indépendantes dirigées par Delzeit *et al.*:

> La motivation de l'UE pour l'élimination progressive est la protection des terres présentant un important stock de carbone au moyen de la réduction de l'expansion de la production du fruit du palmier. Néanmoins, en dehors d'une expansion de la production de colza, nos résultats montrent une expansion de la production de soja au Brésil. Il existe une forte probabilité qu'une part de cette expansion ait effectivement lieu sur des terres présentant un important stock de carbone, mais désormais en Amérique du Sud plutôt qu'en Asie du Sud–Est.
>
> Par conséquent, un facteur essentiel pour évaluer l'efficacité de la politique est la productivité en biocarburant des cultures oléagineuses sous l'angle de l'utilisation des terres. Comme il est indiqué plus haut, les résultats de notre modèle montrent qu'en raison de l'élimination progressive de l'huile de palme, une superficie au moins trois fois plus grande que celle qui est épargnée par la réduction de la culture du fruit du palmier est nécessaire pour que la production supplémentaire de soja et de colza réponde à la demande de biocarburants. Ces constatations se situent dans la fourchette des résultats d'autres études. Debenath (2019) affirme que le rendement en biocarburant du fruit du palmier est de 4,45 tm/ha, alors qu'il est de 1 tm/ha pour le colza et de 0,36 tm/ha pour le soja. En revanche, dans le rapport qu'ils ont établi pour la Commission européenne, Valin *et al.* (2015) se basent sur un rendement en biocarburant par hectare pour le fruit du palmier qui est 1,7 fois plus élevé que celui du colza et 5 fois plus élevé que celui du soja. Pour effectuer le calcul de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone prévu par la Directive RED II, la Commission européenne choisit un facteur de productivité de 2,5 pour le fruit du palmier et de 1 pour le colza et le soja (Union européenne 2019). Par rapport aux études scientifiques, le facteur de productivité pour le soja en particulier est choisi de manière très généreuse. En outre, compte tenu de l'expansion historique absolue des superficies de production de soja sur des terres présentant un important stock de carbone en Amérique du Sud, comme la forêt amazonienne mais aussi les forêts du Cerrado ou du Chaco, il est permis de se demander si le passage de l'huile de palme à l'huile de soja aux fins de la production de biodiesel réduit sensiblement les émissions mondiales résultant du changement d'affectation des sols. La part relativement moins élevée de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone de la production de soja par rapport à la production du fruit du palmier pourrait être surcompensée par la superficie agricole plus importante requise pour produire la même quantité de biodiesel. Par conséquent, la question de savoir s'il est justifié d'éliminer progressivement le biodiesel dérivé de l'huile de palme, mais de ne pas éliminer progressivement le biodiesel dérivé de l'huile de soja soulève des préoccupations.[1701]

7.1456. La formule élaborée par l'Union européenne dans le contexte du Règlement délégué soulève un certain nombre de questions très techniques. Toutefois, le traitement particulier réservé au biocarburant dérivé de l'huile de palme, malgré le risque apparemment très semblable que présentent les émissions de GES liées aux CIAS associées au soja, semble découler de la manière dont la formule vise à mesurer les émissions de GES liées aux CIAS sur la base de l'expansion relative des terres, et la part relative de cette expansion sur des terres présentant un important stock de carbone. Comme Delzeit *et al.* l'expliquent dans le cadre de l'examen de cette caractéristique centrale de la formule:

> La part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone qui en résulte est beaucoup plus élevée pour le fruit du palmier (42%) que pour le soja (8%).

[1700] Voir lettre de la DG Commerce à la DG Énergie (pièce MYS-44), Annexe – Révision de la Directive RED de l'UE (RED II): Compatibilité de l'amendement 307 du Parlement européen avec le droit de l'OMC – Principaux éléments de l'analyse juridique, page 2. (pas de mise en relief dans l'original)

[1701] Voir Delzeit *et al.*, document de travail de Kiel n° 2203 (pièce IDN-2), pages 17 et 18.

> Toutefois, l'expansion annuelle absolue des superficies de production depuis 2008 est 4,5 fois plus importante pour le soja par rapport au fruit du palmier (*ibid.*). Par conséquent, lorsque la superficie de l'expansion annuelle absolue est multipliée par la part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone (xhcs), l'importance de l'expansion absolue du fruit du palmier et du soja sur des terres présentant un important stock de carbone est assez semblable.[1702]

7.1457. Sur cette question, j'accorde plus de poids à l'avis d'expert du professeur Finkbeiner que la majorité des membres du Groupe spécial. Dans son avis d'expert, le professeur Finkbeiner déclare ce qui suit:

> [P]our les changements climatiques et l'incidence dans le monde réel, ce n'est pas l'effet relatif qui importe, mais l'effet absolu, car la superficie absolue du changement d'affectation des sols est corrélée avec les émissions de GES associées (voir la section 2.2.1). À titre d'exemple, sur la base des données figurant dans le Règlement délégué, le soja entraîne une augmentation annuelle de la superficie exploitée de 3 281,5 kha ou 3,0%, tandis que l'huile de palme entraîne une augmentation annuelle de la superficie exploitée de 702,5 kha ou 4%. Cela signifie que, dans le cas du soja, l'expansion de la superficie est environ 3,5 fois plus importante, mais que, dans le cas de l'huile de palme, la croissance relative est plus importante. Toutefois, c'est la superficie absolue des terres utilisées qui importe et qui contribue aux émissions de GES, et non la superficie relative.[1703]

7.1458. Il faut évaluer de manière globale les éléments de preuve relatifs au caractère arbitraire du traitement particulier réservé à l'huile de palme, au lieu d'examiner chacune de ces déclarations isolément des autres, et il faut également les examiner conjointement avec les éléments de preuve selon lesquels il apparaît que la mesure comporte également un élément de protectionnisme. Le soupesage des éléments de preuve que j'ai effectué m'amène à conclure que la Malaisie a étayé son affirmation selon laquelle un élément de protectionnisme sous–tend la décision de viser le biocarburant dérivé de l'huile de palme, et que le traitement différent de l'huile de soja et de l'huile de palme est arbitraire du point de vue de la limitation du risque d'émissions de GES liées aux CIAS associées aux biocarburants dérivés de cultures.

7.1459. Ces conclusions, prises ensemble, m'amènent à conclure que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a) n'a pas un "objectif [exclusivement] légitime", et est donc fondamentalement incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC; b) a une incidence préjudiciable sur le biocarburant dérivé de l'huile de palme qui ne découle pas "exclusivement d'une distinction réglementaire légitime", et est donc fondamentalement incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC; et c) est appliquée de façon à constituer une "discrimination arbitraire ou injustifiable" et une "restriction déguisée au commerce" au sens du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994. La présente analyse s'applique *mutatis mutandis* à l'évaluation de la mesure TIRIB de la France au titre de l'article XX du GATT de 1994.

## 8 CONCLUSIONS ET RECOMMANDATION

8.1. En ce qui concerne les mesures de l'UE en cause, le Groupe spécial constate ce qui suit[1704]:

a. la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC;

b. la Malaisie n'a pas établi que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était incompatible avec l'obligation, énoncée à l'article 2.4 de l'Accord OTC, d'utiliser les normes internationales pertinentes comme base des règlements techniques;

c. la Malaisie n'a pas établi que la part maximale de 7% et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS étaient incompatibles avec l'obligation énoncée à

[1702] Voir Delzeit *et al.*, document de travail de Kiel n° 2203 (pièce IDN-2), page 5.
[1703] Voir l'avis d'expert de M. Finkbeiner (pièce MYS-45), page 18.
[1704] Le Groupe spécial énonce ses conclusions selon l'ordre d'analyse des allégations suivi dans la section 7. Il rappelle que le fondement de cet ordre d'analyse est exposé en détail dans la section 7.1.1.2 du présent rapport.

l'article 2.2 de l'Accord OTC de faire en sorte que les règlements techniques ne soient pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime;

d. l'Union européenne a appliqué la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS d'une manière incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC en ne procédant pas à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants présentaient un risque élevé de CIAS et parce qu'il y a des lacunes dans la conception et la mise en œuvre des critères relatifs au faible risque de CIAS, ce qui entraîne une discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent;

e. la Malaisie n'a pas établi que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'Accord OTC en n'expliquant pas la justification de l'élaboration, de l'adoption ou de l'application de la part maximale de 7% et de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS au regard de l'article 2.2 à 2.4 de l'Accord OTC;

f. la Malaisie n'a pas établi que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS était incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 2.8 de l'Accord OTC de définir, dans tous les cas où cela serait approprié, les règlements techniques en fonction des propriétés d'emploi plutôt que de la conception ou des caractéristiques descriptives;

g. s'agissant des allégations au titre de l'article 2.9 de l'Accord OTC, l'Union européenne a agi d'une manière incompatible avec:

    i. l'article 2.9.2 en ne notifiant pas la part maximale de 7% projetée et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS projetée; et

    ii. l'article 2.9.4 en n'organisant pas un processus de présentation d'observations concernant la part maximale de 7% projetée et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS projetée conformément aux prescriptions de cette disposition;

h. la procédure de certification relative au faible risque de CIAS est une "procédure d'évaluation de la conformité" au sens de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC;

i. la Malaisie n'a pas établi que la procédure de certification relative au faible risque de CIAS était incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 5.1.1 de l'Accord OTC de faire en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité accordent un accès aux fournisseurs de produits similaires originaires du territoire d'autres Membres à des conditions non moins favorables que celles qui sont accordées aux fournisseurs de produits similaires d'origine nationale ou originaires de tout autre pays;

j. la procédure de certification relative au faible risque de CIAS, telle qu'énoncée à l'article 6 du Règlement délégué, est incompatible avec l'article 5.1.2 de l'Accord OTC car des lacunes dans la mise en œuvre de la procédure relative au faible risque de CIAS ont créé des obstacles non nécessaires au commerce international;

k. la Malaisie n'a pas établi que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 5.2.1 de l'Accord OTC de faire en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité soient engagées et achevées aussi vite que possible;

l. s'agissant des allégations au titre de l'article 5.6 de l'Accord OTC, l'Union européenne a agi d'une manière incompatible avec:

    i. l'article 5.6.1 de l'Accord OTC en ne faisant pas paraître un avis concernant la procédure projetée de certification relative au faible risque de CIAS assez tôt pour permettre aux parties intéressées en Malaisie et dans d'autres Membres de l'OMC d'en prendre connaissance;

ii. l'article 5.6.2 de l'Accord OTC en ne notifiant pas la procédure projetée de certification relative au faible risque de CIAS; et

iii. l'article 5.6.4 de l'Accord OTC en n'organisant pas un processus de présentation d'observations concernant la procédure projetée de certification relative au faible risque de CIAS conformément aux prescriptions de cette disposition;

m. la Malaisie n'a pas établi que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'obligation énoncée à l'article 5.8 de l'Accord OTC de faire en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité qui ont été adoptées soient publiées dans les moindres délais ou rendues autrement accessibles pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance;

n. la Malaisie n'a pas établi que l'Union européenne avait agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'Accord OTC, tel qu'éclairé par l'article 12.1 de l'Accord OTC;

o. la Malaisie n'a pas établi que la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS ou la procédure de certification relative au faible risque de CIAS était incompatible avec l'obligation, énoncée à l'article XI:1 du GATT de 1994, de ne pas instituer ni maintenir de prohibitions ou de restrictions à l'importation d'un produit originaire du territoire d'un autre Membre;

p. la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elle accorde au biocarburant dérivé de l'huile de palme en provenance de Malaisie un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires originaires de l'UE;

q. la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 parce qu'elle n'accorde pas au biocarburant dérivé de l'huile de palme en provenance de Malaisie un avantage qui est accordé aux produits similaires importés de pays tiers;

r. dans la mesure où la Malaisie conteste la procédure de certification relative au faible risque de CIAS en tant que mesure distincte au titre de l'article III:4 et de l'article I:1, elle n'a établi l'existence d'aucune incompatibilité avec ces obligations;

s. l'Union européenne a agi d'une manière incompatible avec l'article X:3 a) du GATT de 1994 en appliquant la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS prévue à l'article 26 de la Directive RED II d'une manière qui n'était pas raisonnable, dans la mesure où les lacunes dans la conception et la mise en œuvre des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS ne fournissaient pas les éléments nécessaires pour que le biocarburant dérivé de l'huile de palme soit certifié comme présentant un faible risque de CIAS;

t. s'agissant de l'article XX du GATT de 1994:

i. la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables qui est appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales au sens de l'article XX g);

ii. la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux au sens de l'article XX b);

iii. il n'est pas nécessaire qu'il se prononce sur la question de savoir si la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS est une mesure nécessaire à la protection de la moralité publique au titre de l'article XX a); et

iv. la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS a été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les

mêmes conditions existent, parce que l'Union européenne n'a pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants présentent un risque élevé de CIAS et qu'il y a des lacunes dans la conception et la mise en œuvre des critères et de la procédure de certification relatifs au faible risque de CIAS.

8.2. En ce qui concerne la mesure TIRIB de la France, le Groupe spécial constate ce qui suit[1705]:

a. l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est incompatible avec la première phrase de l'article III:2 parce qu'elle a pour effet que les taxes intérieures qui frappent le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé sont supérieures à celles qui frappent les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja nationaux similaires;

b. l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est incompatible avec la deuxième phrase de l'article III:2 parce qu'elle entraîne une taxation dissemblable entre le biocarburant dérivé de l'huile de palme importé et les biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja nationaux directement concurrents ou directement substituables, et cette taxation dissemblable est appliquée de manière à protéger la production nationale;

c. l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994 parce qu'elle accorde aux biocarburants dérivés de l'huile de colza et de l'huile de soja importés un avantage qui n'est pas, immédiatement et sans condition, étendu au biocarburant dérivé de l'huile de palme similaire importé de Malaisie;

d. s'agissant de l'article XX du GATT de 1994:

   i. l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est une mesure se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables qui est appliquée conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales au sens de l'article XX g);

   ii. l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est une mesure nécessaire à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux au sens de l'article XX b);

   iii. il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la question de savoir si l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France est une mesure nécessaire à la protection de la moralité publique au titre de l'article XX a); et

   iv. l'exclusion du biocarburant dérivé de l'huile de palme du groupe des biocarburants admissibles aux fins de la mesure TIRIB de la France a été appliquée de façon à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent parce que l'Union européenne n'a pas procédé à un examen en temps utile des données utilisées pour déterminer quels biocarburants étaient à risque élevé de CIAS et n'a pas démontré l'existence de quelconques dispositions ou flexibilités pour la certification des biocarburants dérivés de l'huile de palme comme étant à faible risque de CIAS;

[1705] Le Groupe spécial énonce ses conclusions selon l'ordre d'analyse des allégations suivi dans la section 7 du présent rapport. Il rappelle que le fondement de cet ordre d'analyse est expliqué dans la section 7.2.1.2.

e. la Malaisie n'a pas établi que la mesure TIRIB de la France accordait une subvention spécifique qui causait des effets défavorables sous la forme d'un préjudice grave au titre des articles 5 c), 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord SMC.

8.3. Le Groupe spécial constate que la Malaisie n'a établi *prima facie* l'existence d'une violation au titre de l'Accord OTC ou du GATT de 1994 pour aucune des mesures lituaniennes relevant de son mandat.

8.4. Aux termes 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 un avantage. Le Groupe spécial conclut que, dès lors que les mesures en cause sont incompatibles avec l'Accord OTC et le GATT de 1994, elles ont annulé ou compromis des avantages résultant pour la Malaisie de ces accords.

8.5. Conformément à l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, le Groupe spécial recommande que l'Union européenne rende ses mesures conformes à ses obligations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994 dans la mesure où elle ne l'a pas déjà fait.