



**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

Addendum

Le présent addendum contient les annexes A à C du rapport du Groupe spécial qui se trouve dans le document WT/DS600/R.

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

ANNEXE A

PROCÉDURES DE TRAVAIL DU GROUPE SPÉCIAL

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

ANNEXE A-1

PROCÉDURES DE TRAVAIL DU GROUPE SPÉCIAL

Adoptées le 13 septembre 2021

Révisées le 16 février 2022

Généralités

1. 1) Dans la présente procédure, le Groupe spécial suivra les dispositions pertinentes du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord"). En outre, les procédures de travail ci-après sont d'application.
- 2) Le Groupe spécial se réserve le droit de modifier les présentes procédures et d'adopter des procédures additionnelles, si nécessaire, après avoir consulté les parties.

Confidentialité

2. 1) Conformément au Mémorandum d'accord, les délibérations du Groupe spécial seront confidentielles et les documents qui lui auront été soumis seront traités comme confidentiels et seront mis à la disposition des parties et des tierces parties¹ au différend. Les Membres traiteront comme confidentiels les renseignements qui auront été communiqués au Groupe spécial et que le Membre qui les aura communiqués aura désignés comme tels.
- 2) Conformément au Mémorandum d'accord, aucune disposition des présentes procédures de travail n'empêchera une partie ou une tierce partie de communiquer au public ses propres positions.
- 3) Si une partie présente au Groupe spécial une version confidentielle de ses communications écrites, elle fournira aussi, si un Membre le demande, un résumé non confidentiel des renseignements contenus dans ses communications qui peuvent être communiqués au public. Le Groupe spécial pourra, sur demande, fixer un délai dans lequel la partie devrait s'efforcer de fournir ce résumé.
- 4) Sur demande, le Groupe spécial pourra adopter des procédures additionnelles appropriées pour le traitement et la manipulation des renseignements confidentiels, après avoir consulté les parties.

Communications

3. 1) Avant la réunion de fond du Groupe spécial avec les parties, chaque partie présentera une communication écrite et une communication à titre de réfutation dans lesquelles elle exposera les faits de la cause et ses arguments, conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial.
- 2) Chaque tierce partie qui choisira de présenter une communication écrite avant la réunion de fond du Groupe spécial avec les parties la présentera conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial.
- 3) Le Groupe spécial pourra inviter les parties ou tierces parties à présenter des communications additionnelles au cours de la procédure, y compris en ce qui concerne les demandes de décisions préliminaires conformément au paragraphe 4 ci-après. Si le Groupe spécial exerce ce droit, il ménagera des possibilités appropriées, s'il y a lieu, à l'autre partie ou aux tierces parties de formuler des observations sur ces communications additionnelles.

¹ Dans la mesure prévue à l'article 10:3 du Mémorandum d'accord.

Décisions préliminaires

4. 1) Si l'Union européenne considère que le Groupe spécial devrait, avant la remise du rapport, rendre une décision selon laquelle certaines mesures ou allégations figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial ou la première communication écrite du plaignant ne sont pas soumises à bon droit au Groupe spécial, la procédure suivante s'appliquera. Des exceptions à la présente procédure seront autorisées sur exposé de raisons valables.
 - a. L'Union européenne présentera toute demande de décision préliminaire de ce type le plus tôt possible et en tout état de cause au plus tard dans sa première communication. La Malaisie présentera sa réponse à la demande avant la réunion de fond du Groupe spécial, à un moment qui sera déterminé par le Groupe spécial compte tenu de la demande.
 - b. Le Groupe spécial pourra rendre une décision préliminaire sur les questions soulevées dans une telle demande de décision préliminaire avant, pendant ou après la réunion de fond ou il pourra différer une décision sur les questions soulevées par une demande de décision préliminaire jusqu'à ce qu'il remette son rapport aux parties.
 - c. Si le Groupe spécial juge approprié de rendre une décision préliminaire avant de remettre son rapport, il pourra exposer les raisons de cette décision au moment où il la rendra ou ultérieurement dans son rapport.
 - d. Toute demande de décision préliminaire présentée par le défendeur avant la réunion de fond et toutes communications ultérieures y relatives présentées par les parties avant la réunion de fond seront signifiées à toutes les tierces parties. Le Groupe spécial pourra ménager à toutes les tierces parties la possibilité de présenter des observations sur une telle demande, soit dans leurs communications prévues dans le calendrier soit séparément. Toute décision préliminaire rendue par le Groupe spécial avant la réunion de fond sur la question de savoir si certaines mesures ou allégations lui sont soumises à bon droit sera communiquée à toutes les tierces parties.
- 2) La présente procédure est sans préjudice du droit des parties de demander d'autres types de décisions préliminaires ou procédurales pendant la procédure et des procédures que le Groupe spécial pourra suivre en ce qui concerne de telles demandes.

Éléments de preuve

5. 1) Chaque partie présentera tous les éléments de preuve au Groupe spécial au plus tard pendant la réunion de fond, sauf les éléments de preuve nécessaires aux fins de la réfutation ou les éléments de preuve nécessaires pour les réponses aux questions ou les observations concernant les réponses données par l'autre partie. Des exceptions additionnelles pourront être autorisées sur exposé de raisons valables.
 - 2) Si de quelconques éléments de preuve nouveaux ont été admis sur exposé de raisons valables, le Groupe spécial accordera à l'autre partie un délai approprié pour formuler des observations sur les éléments de preuve nouveaux présentés.
6. 1) 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. Le Groupe spécial pourra accorder des prorogations de délai raisonnables pour la traduction de pièces sur exposé de raisons valables.
 - 2) Toute objection concernant l'exactitude d'une traduction devrait être présentée par écrit dans les moindres délais, de préférence au plus tard à la date de la communication ou de la réunion (la première de ces dates étant retenue) suivant la présentation de la communication qui contient la traduction en question. Toute objection sera accompagnée d'une explication des motifs qui la justifient et d'une autre traduction.

7.
 - 1) Afin de faciliter la tenue du dossier du différend et d'assurer la plus grande clarté possible des communications, chaque partie ou tierce partie numérotera ses pièces par ordre chronologique tout au long du différend, en indiquant sur la page de couverture de chaque pièce le nom du Membre qui la présente et le numéro de la pièce. Les pièces présentées par la Malaisie devraient être numérotées comme suit: MYS-1, MYS-2, etc. Les pièces présentées par l'Union européenne devraient être numérotées comme suit: EU-1, EU-2, etc. Si la dernière pièce se rapportant à la première communication était la pièce MYS-5, la première pièce se rapportant à la communication suivante serait donc la pièce MYS-6. Si une partie retire une ou plusieurs pièces, ou présente une ou plusieurs pièces intentionnellement vierges, elle devrait indiquer "pièce retirée" ou "pièce intentionnellement vierge", respectivement.
 - 2) Avec chaque communication, déclaration orale et réponse aux questions à laquelle seront jointes de nouvelles pièces, une partie fournira une liste actualisée des pièces au format Word ou Excel.
 - 3) Si une partie présente un document qui a déjà été communiqué en tant que pièce par l'autre partie, elle devrait expliquer pourquoi elle le présente à nouveau.
 - 4) Si une partie inclut un hyperlien vers le contenu d'un site Web dans une communication et souhaite que le contenu cité fasse partie du dossier officiel, le contenu cité du site Web sera communiqué sous la forme d'une pièce avec la date à laquelle il a été consulté.

Guide de rédaction

8. Afin de faciliter les travaux du Groupe spécial, chaque partie ou tierce partie est invitée à présenter ses communications conformément à l'Editorial Guide for Panel Submissions de l'OMC (copie électronique fournie).

Questions

9. Le Groupe spécial pourra poser des questions aux parties et aux tierces parties à tout moment, et notamment:
 - a. Avant la réunion de fond, le Groupe spécial pourra envoyer des questions écrites ou une liste des sujets qu'il entend aborder dans le cadre des questions orales au cours de cette réunion. Il pourra poser des questions différentes ou additionnelles à la réunion.
 - b. Le Groupe spécial pourra poser des questions aux parties et tierces parties oralement au cours de la réunion de fond et par écrit après la réunion, conformément aux paragraphes 15 et 22 ci-après.

Réunion de fond

10. Le Groupe spécial se réunira en séance privée.
11. Les parties ne participeront à la réunion que lorsque le Groupe spécial les y invitera.
12.
 - 1) Chaque partie a le droit de déterminer la composition de sa propre délégation pour la réunion avec le Groupe spécial.
 - 2) Chaque partie sera responsable de tous les membres de sa délégation et s'assurera que chaque membre de sa délégation agit conformément au Mémorandum d'accord et aux présentes procédures de travail, en particulier en ce qui concerne la confidentialité de la procédure et des communications des parties et tierces parties.
13. Chaque partie fournira au Groupe spécial la liste des membres de sa délégation au plus tard à 17 heures (heure de Genève) trois jours ouvrables avant le premier jour de la réunion avec le Groupe spécial.
14. Toute demande de services d'interprétation vers une langue de travail de l'OMC d'une partie devrait être présentée au Groupe spécial le plus tôt possible, de préférence lors de la phase

d'organisation, afin qu'il ait suffisamment de temps pour faire en sorte que des interprètes soient disponibles.

15. La réunion de fond du Groupe spécial avec les parties se déroulera de la manière suivante:
- a. Le Groupe spécial invitera la Malaisie à faire une déclaration liminaire pour présenter son argumentation en premier. Puis il invitera l'Union européenne à présenter son point de vue. Avant de prendre la parole, chaque partie fournira au Groupe spécial et aux autres participants à la réunion une version écrite provisoire de sa déclaration. Si des services d'interprétation sont nécessaires, chaque partie en fournira des copies additionnelles pour les interprètes avant de prendre la parole.
 - b. Chaque partie devrait éviter de répéter longuement les arguments figurant dans ses communications. Chaque partie est invitée à limiter la durée de sa déclaration liminaire à 45 minutes au plus. Si l'une ou l'autre partie estime qu'elle a besoin de plus de temps pour faire sa déclaration liminaire, elle devrait en informer le Groupe spécial et l'autre partie au moins trois jours ouvrables avant la réunion, en donnant une estimation de la durée prévue de sa déclaration. Le Groupe spécial accordera le même laps de temps à l'autre partie.
 - c. À l'issue des déclarations liminaires, le Groupe spécial ménagera à chaque partie la possibilité de faire des observations ou de poser des questions à l'autre partie par son intermédiaire.
 - d. Le Groupe spécial pourra ensuite poser des questions aux parties.
 - e. À l'issue des questions, le Groupe spécial ménagera à chaque partie la possibilité de faire une brève déclaration finale, l'Union européenne faisant la sienne en premier. Avant de prendre la parole, chaque partie fournira au Groupe spécial et aux autres participants à la réunion une version écrite provisoire de sa déclaration finale, si elle est disponible.
 - f. Après la réunion:
 - i. Chaque partie communiquera la version écrite finale de sa déclaration liminaire au plus tard à 17 heures (heure de Genève) le premier jour ouvrable suivant la réunion. En même temps, chaque partie devrait aussi communiquer la version écrite finale de toute déclaration finale préparée qu'elle aura faite à la réunion.
 - ii. Chaque partie adressera par écrit à l'autre partie, dans le délai fixé par le Groupe spécial avant la fin de la réunion, toutes questions auxquelles elle souhaite qu'il soit répondu par écrit.
 - iii. Le Groupe spécial adressera par écrit aux parties, dans le délai qu'il aura fixé avant la fin de la réunion, toutes questions auxquelles il souhaite qu'il soit répondu par écrit.
 - iv. Chaque partie répondra par écrit aux questions du Groupe spécial, ainsi qu'à toutes questions posées par l'autre partie, dans le délai fixé par le Groupe spécial avant la fin de la réunion.
17. Le Groupe spécial se réserve le droit d'adopter des procédures de travail additionnelles concernant les réunions de fond à distance, si nécessaire.

Séance avec les tierces parties

18. Chaque tierce partie pourra présenter ses vues oralement au cours d'une séance de la réunion de fond avec les parties réservée à cette fin.
19. Chaque tierce partie indiquera au Groupe spécial si elle a l'intention de faire une déclaration à la séance avec les tierces parties et lui fournira la liste des membres de sa délégation avant cette séance et au plus tard à 17 heures (heure de Genève) trois jours ouvrables avant la séance avec les tierces parties de la réunion avec le Groupe spécial.

-
20. 1) Chaque tierce partie a le droit de déterminer la composition de sa propre délégation pour la réunion avec le Groupe spécial.
- 2) Chaque tierce partie sera responsable de tous les membres de sa délégation et s'assurera que chaque membre de sa délégation agit conformément au Mémoire d'accord et aux présentes procédures de travail, en particulier en ce qui concerne la confidentialité de la procédure et des communications des parties et tierces parties.
21. Toute demande de services d'interprétation vers une langue de travail de l'OMC d'une tierce partie devrait être présentée au Groupe spécial le plus tôt possible, de préférence lorsqu'elle recevra les procédures de travail et le calendrier de la procédure, afin qu'il ait suffisamment de temps pour faire en sorte que des interprètes soient disponibles.
22. La séance avec les tierces parties se déroulera de la manière suivante:
- a. Les parties et tierces parties pourront être présentes pendant toute cette séance.
 - b. Le Groupe spécial entendra d'abord les déclarations des tierces parties, qui prendront la parole par ordre alphabétique. Chaque tierce partie faisant une déclaration à la séance avec les tierces parties fournira au Groupe spécial et aux autres participants une version écrite provisoire de sa déclaration avant de prendre la parole. Si des services d'interprétation sont nécessaires pour la déclaration d'une tierce partie, celle-ci en fournira des copies additionnelles pour les interprètes avant de prendre la parole.
 - c. Chaque tierce partie devrait limiter la durée de sa déclaration conformément aux instructions du Groupe spécial et éviter de répéter les arguments qui figurent déjà dans sa communication. Si une tierce partie estime qu'elle a besoin de plus de temps pour faire sa déclaration liminaire, elle devrait en informer le Groupe spécial et les parties au moins sept jours avant la réunion, en donnant une estimation de la durée prévue de sa déclaration. Le Groupe spécial accordera le même laps de temps à toutes les tierces parties pour leur déclaration.
 - d. Après que les tierces parties auront fait leurs déclarations, les parties se verront ménager la possibilité de poser des questions à n'importe quelle tierce partie, par l'intermédiaire du Groupe spécial, afin d'obtenir des précisions sur tout point soulevé dans la communication ou la déclaration orale de cette tierce partie.
 - e. Le Groupe spécial pourra ensuite poser des questions à n'importe quelle tierce partie.
 - f. Après la séance avec les tierces parties:
 - i. Chaque tierce partie communiquera la version écrite finale de sa déclaration orale au plus tard à 17 heures (heure de Genève) le premier jour ouvrable suivant la réunion.
 - ii. Chaque partie pourra adresser par écrit à une ou plusieurs tierces parties, dans le délai fixé par le Groupe spécial avant la fin de la réunion, toutes questions auxquelles elle souhaite qu'il soit répondu par écrit.
 - iii. Le Groupe spécial pourra adresser par écrit à une ou plusieurs tierces parties, dans le délai qu'il aura fixé avant la fin de la réunion, toutes questions auxquelles il souhaite qu'il soit répondu par écrit.
 - iv. Chaque tierce partie qui le décidera répondra par écrit aux questions du Groupe spécial ou d'une partie, dans le délai fixé par le Groupe spécial avant la fin de la réunion.
23. Le Groupe spécial se réserve le droit d'adopter des procédures de travail additionnelles concernant les séances avec les tierces parties à distance, si nécessaire.

Partie descriptive et résumés analytiques

24. La description des arguments des parties et des tierces parties dans la partie descriptive du rapport du Groupe spécial reprendra les résumés analytiques fournis par les parties et les tierces parties, qui seront annexés en tant qu'addenda au rapport. Ces résumés analytiques ne remplaceront en aucun cas les communications des parties et des tierces parties dans l'examen de l'affaire par le Groupe spécial.
25. Chaque partie présentera un seul résumé analytique intégré des faits et arguments présentés au Groupe spécial dans ses communications écrites et déclarations orales, conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial.
26. Le résumé analytique intégré ne dépassera pas 30 pages.
27. Chaque tierce partie qui aura présenté des arguments (soit par écrit soit à la séance avec les tierces parties) fournira un résumé analytique intégré de ces arguments tels qu'ils sont présentés dans sa communication écrite et sa déclaration conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial. Ce résumé analytique intégré pourra aussi inclure un résumé des réponses aux questions, s'il y a lieu. Le résumé analytique qui sera fourni par chaque tierce partie ne dépassera pas six pages. Si la communication et la déclaration orale d'une tierce partie ne dépassent pas six pages au total, elles tiendront lieu de résumé analytique des arguments de cette tierce partie. Si la communication et la déclaration d'une tierce partie dépassent six pages au total, la tierce partie indiquera si sa communication ou sa déclaration devraient tenir lieu de résumé analytique. Si la tierce partie indique qu'elle ne souhaite pas que la communication ou la déclaration orale, ou les deux, tiennent lieu de résumé analytique, elle présentera un résumé analytique intégré distinct.
28. Le Groupe spécial pourra demander aux parties et tierces parties de fournir des résumés analytiques des faits et arguments présentés au Groupe spécial dans toute autre communication.

Réexamen intérimaire

29. Après la remise du rapport intérimaire, chaque partie pourra demander par écrit le réexamen d'aspects précis de ce rapport et demander la tenue d'une nouvelle réunion avec le Groupe spécial, conformément au calendrier adopté par celui-ci. Le droit de demander la tenue d'une telle réunion sera exercé au plus tard au moment où la demande écrite de réexamen sera présentée.
30. Si aucune nouvelle réunion avec le Groupe spécial n'est demandée, chaque partie pourra présenter des observations écrites sur la demande écrite de réexamen de l'autre partie. Ces observations écrites ne porteront que sur la demande écrite de réexamen de l'autre partie et seront présentées conformément au calendrier adopté par le Groupe spécial.

Rapports intérimaire et final

31. Le rapport intérimaire ainsi que le rapport final avant sa distribution officielle resteront strictement confidentiels et ne seront pas divulgués.

Signification des documents

32. Les procédures suivantes concernant la signification des documents s'appliquent à tous les documents communiqués par les parties et les tierces parties au cours de la procédure:
 - a. Chaque partie ou tierce partie soumettra tous les documents au Groupe spécial au moyen de l'application du greffe des différends en ligne (DORA) <https://dora.wto.org> avant 17 heures (heure de Genève) aux dates fixées par le Groupe spécial. La version électronique téléchargée au moyen de l'application DORA constituera la version officielle aux fins des délais de soumission et du dossier du différend. Le téléchargement d'un document au moyen de l'application DORA en constituera également la signification électronique au Groupe spécial, à l'autre partie et aux tierces parties. Chaque partie

signifiera tout document soumis avant la réunion de fond avec le Groupe spécial directement aux tierces parties. Plus précisément, cela inclut, conformément au paragraphe 3 1) des présentes procédures de travail, les communications présentées par les parties à titre de réfutation.

- b. Avant 17 heures (heure de Genève), le jour ouvrable suivant la soumission électronique, chaque partie ou tierce partie déposera une copie papier de tous les documents qu'elle soumet au Groupe spécial, y compris les pièces, auprès du greffe du règlement des différends (bureau n° 2047) pour qu'il les archive. Le greffe du règlement des différends tamponnera la date et l'heure du dépôt sur la copie papier. Si une pièce est conservée sous un format rendant difficile son dépôt sur support papier, la partie pourra la déposer en format électronique (courriel ou sur un CD-ROM, un DVD ou une clé USB). Dans ce cas, la page de couverture de la pièce devrait indiquer que la pièce n'est disponible qu'en format électronique. Si, pour quelque raison que ce soit, le bureau du greffe du règlement des différends n'est pas disponible pour la signification des copies papier, le "jour ouvrable suivant" s'entendra du jour fixé par le Groupe spécial pour ce dépôt une fois que les activités normales ont repris.
- c. Le Groupe spécial fournira aux parties la partie descriptive du rapport, le rapport intérimaire et le rapport final, ainsi que tous les autres documents ou communications présentés par le Groupe spécial pendant la procédure, via l'application DORA.
- d. Les parties ou tierces parties qui auraient des questions ou des problèmes techniques concernant l'application DORA sont invitées à contacter le greffe du règlement des différends (DSRegistry@wto.org).
- e. Si une partie ou tierce partie n'est pas en mesure de respecter la limite de 17 heures en raison de problèmes techniques rencontrés lors du téléchargement de ces documents au moyen de l'application DORA, elle en avertira le greffe du règlement des différends (DSRegistry@wto.org) sans retard et fournira par courriel une version électronique de tous les documents devant être soumis au Groupe spécial, y compris les pièces quelles qu'elles soient. Ce courriel sera adressé à DSRegistry@wto.org, au secrétaire du Groupe spécial, à l'autre partie et, selon qu'il sera approprié, aux tierces parties. Les documents envoyés par courriel seront soumis au plus tard à 17h30 à la date fixée par le Groupe spécial. Si la taille des fichiers de pièces spécifiques rend la transmission par courriel impossible ou s'il faut plus de cinq messages, du fait du nombre de pièces à déposer, pour les transmettre toutes par courriel, les pièces spécifiques dont les fichiers sont volumineux ou celles qui ne peuvent pas être jointes aux cinq premiers courriels seront déposées auprès du greffe du règlement des différends (bureau n° 2047) et fournies à l'autre partie ainsi que, selon qu'il sera approprié, aux tierces parties au plus tard à 9h30 le jour ouvrable suivant sur un support électronique acceptable pour le destinataire. Dans ce cas, la partie ou tierce partie concernée enverra au greffe du règlement des différends par courriel, en mettant en copie le secrétaire du Groupe spécial, l'autre partie et les tierces parties, selon qu'il sera approprié, une notification identifiant le numéro des pièces qui ne peuvent pas être transmises par courriel.
- f. Dans le cas où une partie ou tierce partie ne sera pas en mesure d'accéder à un document déposé au moyen de l'application DORA en raison de problèmes techniques, elle avertira par courriel, dans les moindres délais et, en tout cas, au plus tard à 17 heures le jour ouvrable suivant la date fixée pour le dépôt du document, le greffe du règlement des différends, le secrétaire du Groupe spécial et la partie ou tierce partie ayant déposé le document, qu'il y a un problème et, si possible, identifiera le ou les documents concernés. Le greffe du règlement des différends essaiera dans les moindres délais de trouver une solution à ce problème technique. En attendant, la partie ou tierce partie ayant déposé ce ou ces documents fournira, par courriel, dans les moindres délais après avoir été avertie du problème, une version électronique du ou des documents concernés à la partie ou tierce partie affectée, avec copie au greffe du règlement des différends (DSRegistry@wto.org) et au secrétaire du Groupe spécial, pour permettre l'accès au(x) document(s) pendant que le problème technique est traité. Le greffe du règlement des différends pourra fournir par courriel une version électronique du ou des documents concernés si la partie ou tierce partie affectée le demande. Il mettra dans ce cas en copie dans le courriel la partie ou tierce partie ayant déposé le ou les documents.

Correction des erreurs d'écriture dans les communications

33. Le Groupe spécial pourra accorder à une partie ou tierce partie l'autorisation de corriger des erreurs d'écriture dans n'importe laquelle de ses communications (y compris la numérotation des paragraphes et des erreurs typographiques). Toute demande à cette fin devrait indiquer la nature des erreurs à corriger et devrait être présentée dans les moindres délais après le dépôt de la communication en question.

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 B-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DES ARGUMENTS DE LA MALAISIE****INTRODUCTION**

1. La Malaisie conteste certaines mesures instaurées par l'Union européenne (UE) concernant les biocarburants, notamment celles qui ont trait à la détermination établissant que l'huile de palme est une matière première pour biocarburants présentant un risque élevé de changement indirect dans l'affectation des sols (CIAS), une mesure instaurée par la France concernant une exonération fiscale qui ne s'applique pas à l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants, ainsi que des mesures de la Lituanie qui mettent en œuvre les mesures de l'UE relatives aux biocarburants conventionnels et au risque de CIAS.
2. La Malaisie est le deuxième producteur mondial d'huile de palme. En 2020, elle a produit environ 19,14 millions de tonnes métriques d'huile de palme brute, ce qui représentait 26% de la production mondiale d'huile de palme (73,79 millions de tonnes)¹ et 34% des exportations mondiales d'huile de palme. En 2020, elle a exporté environ 1,94 million de tonnes métriques d'huile de palme vers l'UE. Le secteur de l'huile de palme de la Malaisie emploie indirectement plus de trois millions de personnes et environ 28% de la superficie cultivée totale de palmiers à huile en Malaisie est détenue ou exploitée par de petits exploitants, qui ont considérablement bénéficié de la culture de l'huile de palme.² La production et les exportations d'huile de palme ont été des facteurs importants dans la capacité de la Malaisie de réduire la pauvreté, qui est passée de 50% dans les années 1970 à moins de 5% aujourd'hui.
3. La Malaisie, qui est l'un des grands producteurs et exportateurs d'huile de palme et de ses produits dérivés, reconnaît qu'elle a un rôle important à jouer pour répondre à la demande mondiale croissante d'huiles et de graisses d'une manière durable. C'est un producteur responsable d'huile de palme qui joue depuis longtemps un rôle de leader mondial pour ce qui est d'établir un flux continu de culture de palmiers à huile et d'innovations dans les processus concernant l'huile de palme visant à rendre la production d'huile de palme plus durable et plus respectueuse de l'environnement. Au 31 décembre 2020, près de 90% de la culture totale d'huile de palme de la Malaisie et environ 95% de ses huileries avaient obtenu la certification de l'huile de palme durable de Malaisie (MSPO). À compter du 1^{er} janvier 2020, la Malaisie a rendu obligatoire la certification MSPO.
4. Afin de contrer les risques que présente l'utilisation extensive de combustibles fossiles pour l'environnement, l'UE et ses États membres, depuis 2009, ont adopté une politique visant à promouvoir l'utilisation de biocarburants en fixant des objectifs nationaux pour l'utilisation de l'énergie renouvelable dans divers secteurs, y compris celui des transports. Cette politique a entraîné une augmentation rapide de la consommation par l'UE de biocarburants, produits principalement à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, y compris à partir d'huile de palme.
5. Dans la dernière version de sa directive sur les énergies renouvelables, et la mise en œuvre de cette directive par les États membres de l'UE, il y a des éléments que la Malaisie juge incompatibles avec les obligations de l'UE et de certains États membres de l'UE dans le cadre de l'OMC. La détermination de l'UE établissant que seule l'huile de palme comporte un risque élevé de CIAS est au centre de ces préoccupations. Sur cette base, l'UE a déterminé que la part du biocarburant dérivé du palmier à huile et de l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants, sauf si elle est certifiée comme présentant un faible risque de CIAS, ne dépassera pas le niveau de consommation de ce carburant dans chaque État

¹ Oil World n° 6, volume 64, page 77.

² "Oil Palm Planted Areas 2020", Malaysian Palm Oil Board, disponible à l'adresse: https://bepi.mpob.gov.my/images/area/2020/Area_summary.pdf.

membre de l'UE en 2019 et que, de 2023 à 2030, elle diminuera progressivement pour s'établir à 0%.

MESURES EN CAUSE

A. Mesures de l'UE contestées

6. 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 ressources renouvelables (Directive RED II) établit un nouvel objectif contraignant de l'UE concernant une part d'au moins 32% d'énergie renouvelable dans la consommation finale brute d'énergie de l'UE d'ici à 2030, visant à "assurer de fortes réductions des émissions de GES et à minimiser les impacts environnementaux non intentionnels".³ Les États membres de l'UE étaient tenus de transposer ce cadre d'action général en matière d'énergies renouvelables pour le 30 juin 2021.⁴ La Malaisie ne conteste pas la compatibilité avec les règles de l'OMC de l'ensemble de la Directive RED II ni du réseau de réglementation que l'UE appelle le "régime de l'UE applicable aux biocarburants". Elle conteste plutôt certaines mesures spécifiques prises par l'UE dans le cadre de ce "régime" qui, conjointement et individuellement, visent à retirer le biocarburant dérivé du palmier à huile du marché des biocarburants de l'UE.
7. La Directive RED II fixe une limite à la consommation de biocarburants dans le secteur des transports, dont un État membre de l'UE peut tenir compte dans son calcul de la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables et, en fin de compte, pour évaluer s'il réalise son objectif en matière d'énergies renouvelables. La quantité de biocarburants qui peut dériver de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale est fixée à 7% (ou moins) de la consommation d'énergie totale du secteur des transports (ci-après la "limite de 7%"). Dans ce secteur, la Directive RED II fixe comme objectif global de réaliser 14% de la consommation d'énergie à partir de sources renouvelables d'ici à 2030.
8. Après le 1^{er} janvier 2021, la part des États membres de l'UE de l'énergie produite à partir de sources renouvelables ne peut pas être inférieure à certains seuils spécifiés. Ces seuils sont fondés sur le calcul de la somme: i) de la consommation finale brute d'électricité produite à partir de sources renouvelables; ii) de la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans le secteur du chauffage et du refroidissement; et (dans la partie pertinente) iii) de la consommation finale d'énergie produite à partir de sources renouvelables dans le secteur des transports.
9. 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 complète la Directive RED II en établissant les critères pour déterminer les matières premières présentant un risque élevé de CIAS, c'est-à-dire les matières premières dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone, ainsi que pour certifier les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse présentant un faible risque de CIAS. Le "fondement scientifique" allégué de ces critères est fourni dans un rapport d'état qui les accompagnent.
10. Pour calculer, dans un État membre de l'UE, la consommation finale brute d'énergie produite à partir de sources renouvelables, la part des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse associés à un risque élevé de CIAS doit être inférieure au niveau de consommation de ces combustibles ou carburants dans l'État membre de l'UE concerné enregistré en 2019 (sauf si ces combustibles ou carburants sont certifiés comme étant à "faible risque de CIAS"). La part de ces biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse, présentant un "risque élevé de CIAS", ne peut pas excéder le niveau de

³ Article 3.1 de la Directive RED II et considérant 8 de son préambule.

⁴ Article 36.1 de la Directive RED II.

consommation de ces combustibles ou carburants dans un État membre de l'UE donné enregistré 2019 (ci-après le "plafond pour risque élevé de CIAS"), sauf si ceux-ci sont certifiés comme étant des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse à "faible risque de CIAS". La Directive RED II prévoit qu' "[à] compter du 31 décembre 2023 et jusqu'au 31 décembre 2030, au plus tard, cette limite diminuera progressivement pour s'établir à 0%" (ci-après l' "élimination progressive pour risque élevé de CIAS").

11. Il est théoriquement possible de certifier comme présentant un faible risque de CIAS (ci-après la "certification relative au faible risque de CIAS"), au titre de l'article 4 du Règlement délégué, les biocarburants, les bioliquides et les combustibles issus de la biomasse s'il est satisfait à tous les critères pertinents, à savoir: i) ces produits respectent les critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) énoncés à l'article 29 de la Directive RED II; ii) ces produits 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 du Règlement délégué; et iii) 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.
12. Il apparaît que les conditions établies aux articles 4 et 5 du Règlement délégué sont conçues de manière à exclure effectivement les biocarburants dérivés du palmier à huile du marché de l'UE.
13. En raison des mesures de l'UE, la demande de biocarburants se tournera inévitablement vers les combustibles qui peuvent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables et qui bénéficient de mesures de soutien des États membres de l'UE.

B. Mesures contestées de certains États membres de l'UE

14. Les objectifs de politique générale énoncés dans les directives de l'UE sur les énergies renouvelables doivent être transposés en droit interne par les États membres de l'UE et la Directive RED II prévoit que les objectifs en matière d'énergies renouvelables seront atteints par les États membres à l'aide de divers programmes de soutien, y compris des remboursements d'impôt et des réductions ou des exonérations fiscales. Dans ce contexte, la Malaisie conteste une mesure instaurée par la France concernant une exonération fiscale qui ne s'applique pas à l'huile de palme en tant que matière première pour biocarburants, ainsi que des mesures de la Lituanie qui mettent en œuvre les mesures de l'UE relatives au risque de CIAS.

1. Mesures de la France

15. Afin de promouvoir la consommation de biocarburants, la France a eu recours à des incitations fiscales en mettant en œuvre un mécanisme de réduction de la taxe sur les carburants fondé sur la quantité de biocarburant admissible incorporée dans le bouquet d'énergies au moyen de la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants (TIRIB) (la "réduction de la taxe française sur les carburants"). La TIRIB a pour objectif de maximiser le taux d'incorporation des biocarburants dans la production de carburants et de promouvoir l'inclusion des biocarburants admissibles dans l'essence et le diesel mis à la consommation en France. La caractéristique distinctive de la taxe est l'exclusion des biocarburants dérivés de l'huile de palme à partir de 2020. Dans la pratique, aucun opérateur économique rationnel qui met sur le marché des carburants contenant des énergies renouvelables n'incorporera des biocarburants "non admissibles" dans le bouquet d'énergies s'il existe une autre option intéressante d'un point de vue commercial.

2. Mesures de la Lituanie

16. En tant qu'État membre de l'UE, la Lituanie est tenue de transposer les directives de l'UE en droit interne. Eu égard aux dispositions de la Directive RED II et du Règlement délégué, la Lituanie a modifié sa loi concernant les énergies renouvelables pour transposer les règles de l'UE sur les CIAS.

17. La Malaisie fait observer 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.

ALLEGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD OTC EN CE QUI CONCERNE LES MESURES DE L'UE

A. Introduction

18. La Malaisie allègue que les mesures en cause violent les obligations de l'UE au titre de l'Accord OTC et, en particulier, ses obligations au titre des articles 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.8, 2.9, 5.1.1, 5.1.2, 5.2, 5.6, 5.8, 12.1 et 12.3 de l'Accord.

B. La limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC

19. La Malaisie soutient que la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, tels qu'ils sont énoncés à l'article 26 de la Directive RED II et/ou dans le Règlement délégué, sont des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.
20. Sur la base de la définition, l'Organe d'appel a élaboré un critère à trois volets pour déterminer si une mesure était un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC. Conformément à ce critère, une mesure est un règlement technique lorsque:
- i) la mesure s'applique à un produit ou groupe de produits identifiable;
 - ii) la mesure énonce une ou plusieurs caractéristiques du produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant; et
 - iii) le respect des caractéristiques du produit ou des procédés et méthodes de production s'y rapportant est obligatoire.
21. Pour qu'une mesure soit un "règlement technique", elle doit "être applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable".⁵
22. La Malaisie soutient que les mesures concernées satisfont clairement à cette prescription. Comme l'indique l'article 26.1 de la Directive RED II, la limite de 7% s'applique aux "biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale". Comme le prévoit l'article 26.2 de la Directive RED II, 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, qui est considéré comme un "biocarburant à risque élevé de CIAS". Les "biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale" et le "biocarburant dérivé du palmier à huile à risque élevé de CIAS" sont tous deux un produit, ou groupe de produits, identifiable.
23. Outre son applicabilité à un produit, ou groupe de produits, identifiable, l'Annexe 1.1 prévoit aussi que cette mesure doit "énonc[er] les caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant".
24. Les "caractéristiques d'un produit" au sens de l'Annexe 1.1 ont été interprétées comme couvrant "les "particularités", "qualités", "attributs", ou autre "marque distinctive" objectivement définissables d'un produit" et comme concernant "la composition, la dimension, la forme, la couleur, la texture, la dureté, la ténacité, l'inflammabilité, la

⁵ Rapport de l'Organe d'appel CE – Amiante, paragraphe 70.

conductivité, la densité ou la viscosité d'un produit". Les caractéristiques d'un produit peuvent être prescrites ou imposées sous une forme positive ou négative.⁶

25. La première phrase de l'article 26.1 de la Directive RED II, qui fixe la limite de 7%, indique explicitement que les produits entrant dans son champ d'application sont les biocarburants, les bioliquides et les 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". Comme l'article 26.1 de la Directive RED II prévoit le contenu des biocarburants, des bioliquides et des combustibles issus de la biomasse, la Malaisie estime que la limite de 7% indique la composition des produits auxquels elle s'applique. Ce faisant, la limite de 7% énonce une caractéristique d'un produit au sens de l'Annexe 1.1.
26. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS spécifient, à la première phrase de l'article 26.2 de la Directive RED II, que les produits ci-après entrent dans leur champ d'application:

"[I]es 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 [...] 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 [...]".
27. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS indiquent donc la composition des produits auxquels ils s'appliquent. Ce faisant, ils énoncent une caractéristique d'un produit au sens de l'Annexe 1.1.
28. Enfin, pour qu'une mesure soit un règlement technique, l'Annexe 1.1 exige que le respect de cette mesure soit obligatoire.
29. Techniquement, les biocarburants, les bioliquides et les combustibles issus de la biomasse produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, ainsi que les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses présentant un risque élevé de CIAS, peuvent encore être mis sur le marché de l'UE. Les mesures en cause affectent plutôt la mesure dans laquelle ces produits peuvent être pris en compte aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué clairement dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, la question de savoir si un produit peut ou non être mis sur le marché lorsqu'il ne respecte pas les prescriptions de la mesure en cause ne détermine pas si le respect est "obligatoire" ou non, et donc si elle doit être considérée comme un règlement technique ou une norme. Cette détermination doit se faire à la lumière des particularités de la mesure et des circonstances de l'affaire considérée. La Malaisie fait valoir que la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont de nature obligatoire et, par conséquent, sont des règlements techniques. Ils font partie intégrante de la législation de l'UE; ils prescrivent un comportement particulier; et ils énoncent des prescriptions spécifiques qui constituent le seul moyen de traiter une question particulière.
30. La première phrase de l'article 26.1 de la Directive RED II dispose ce qui suit:

"la part des biocarburants et des bioliquides, ainsi que des combustibles issus de la biomasse ... *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 7% ..." (pas de mise en relief dans l'original).
31. La limite de 7% est clairement exprimée en termes impératifs. En outre, cette limite prescrit un comportement particulier et énonce une prescription spécifique qui constitue le seul

⁶ *Ibid.*, paragraphes 67 et 69.

moyen de traiter une question particulière, à savoir la prise en compte aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables.

32. En ce qui concerne le plafond pour risque élevé de CIAS, la première phrase de l'article 26.2 de la Directive RED II dispose ce qui suit:
- "la part des biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse ... présentant un risque élevé d'induire des changements indirects dans l'affectation des sols ... *n'excède pas* le niveau de consommation de ces combustibles ou carburants dans l'État membre concerné enregistré en 2019 ..." (pas de mise en relief dans l'original).
33. La deuxième phrase de l'article 26.2 de la Directive RED II dispose, en ce qui concerne l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, que la limite mentionnée dans la première phrase de l'article 26.2 "*diminuera* progressivement pour s'établir à 0%". Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont donc tous deux de nature obligatoire.
34. Par conséquent, d'après la conception, la structure et le fonctionnement globaux de la limite de 7%, du plafond pour risque élevé de CIAS et de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, les mesures en cause sont obligatoires. Ces mesures sont énoncées à l'article 26 de la Directive RED II et dans le Règlement délégué qui prescrivent des règles "d'une manière contraignante ou obligatoire"⁷ et dont le respect est obligatoire.
35. Il convient de souligner que la Directive RED II et le Règlement délégué sont des actes juridiques contraignants de l'UE. Conformément à l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), un règlement a une "portée générale" et est "obligatoire dans tous ses éléments et ... directement applicable dans tout État membre"; tandis qu'une directive "lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre" et "laiss[e] aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens". Ainsi, les règlements sont directement applicables et juridiquement valables dans les États membres de l'UE, sans qu'il soit nécessaire de les mettre en œuvre. Bien que les directives ne soient pas directement applicables, elles sont obligatoires "quant au résultat à atteindre" et les États membres de l'UE sont tenus de les transposer en droit interne dans le délai fixé.
36. Compte tenu de ce qui précède, la Malaisie affirme que la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, tels qu'ils sont énoncés à l'article 26 de la Directive RED II et/ou dans le Règlement délégué, sont des règlements techniques au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.

C. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont incompatibles avec les obligations en matière de traitement national et de traitement NPF énoncées à l'article 2.1 de l'Accord OTC

37. L'article 2.1 de l'Accord OTC prévoit un critère de compatibilité à trois volets avec les obligations en matière de traitement national et de traitement NPF énoncées dans cette disposition. Aux fins de son allégation au titre de l'article 2.1, la Malaisie affirme ce qui suit:
- i) les mesures en cause sont des "règlements techniques" au sens de l'Annexe 1.1;
 - ii) les produits en cause sont des "produits similaires", c'est-à-dire que le biocarburant dérivé du palmier à huile est "similaire" à d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, tels que les biocarburants produits à partir d'huile de colza ou d'huile de soja;
 - iii) le traitement accordé au biocarburant dérivé du palmier à huile de la Malaisie importé dans l'UE est moins favorable que celui qui est accordé aux "produits similaires" nationaux et aux "produits similaires" importés dans l'UE d'autres pays.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Amiante*, paragraphe 68.

38. En ce qui concerne le premier élément, la Malaisie a conclu plus haut que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS étaient des règlements techniques.
39. Le deuxième élément du critère de l'article 2.1 exige une évaluation de la question de savoir si les produits en cause sont des "produits similaires". Cette question doit être évaluée objectivement sur la base de *la nature et de l'étendue* du rapport de concurrence entre les produits sur le marché du Membre qui réglemente.⁸ "Un rapport de concurrence *suffisamment étroit*" est donc un indicateur essentiel du fait que les produits en cause sont similaires.⁹
40. Pour déterminer s'il y avait un rapport de concurrence réel et suffisamment étroit entre les produits en cause pour qu'ils soient considérés "similaires" au sens de l'article 2.1, l'approche de l'Organe d'appel consiste essentiellement à employer quatre critères généraux dans l'analyse de la "similarité":
- i) propriétés, nature et qualité des produits;
 - ii) utilisations finales des produits;
 - iii) goûts et habitudes des consommateurs – aussi appelés perceptions et comportement des consommateurs – en ce qui concerne les produits; et
 - iv) classification tarifaire des produits.
41. En ce qui concerne les caractéristiques physiques, le biocarburant dérivé du palmier à huile (EMP) et les autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, tels que le biocarburant produit à partir d'huile de colza (EMC) ou le biocarburant produit à partir d'huile de soja (EMS), ont la même nature chimique et des caractéristiques physiques de base semblables.¹⁰
42. L'une des principales propriétés du biodiesel est son opérabilité à basse température qui est habituellement déterminée par trois paramètres, dont la température limite de filtrabilité (TLF) est considéré le plus fiable. La TLF désigne "la température à laquelle le biodiesel redevient de la graisse et ne peut être utilisé comme carburant".¹¹ La valeur de la TLF du biodiesel diffère selon les matières premières provenant de cultures oléagineuses à partir desquelles il est produit. La TLF du biodiesel produit à partir d'EMC ou d'EMS est inférieure à celle du biodiesel produit à partir d'EMP. Cette différence entre les valeurs de la TLF a trait aux caractéristiques physiques du biodiesel produit à partir d'huile de palme et du biodiesel produit à partir d'huile de colza ou de soja, mais elle n'a pas d'incidence notable sur le rapport de concurrence entre et parmi les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses sur le marché de l'UE. La Malaisie se réfère à la position adoptée par la Commission européenne en 2009, dans le cadre d'une enquête antidumping concernant le biodiesel, notant que la différence entre les valeurs de la TLF "n'[était] ... qu'une différence mineure à laquelle il [pouvait] être aisément remédié soit en mélangeant différents types de biodiésel, soit en utilisant des additifs" et que "[l]a différence de TLF n'[avait] pratiquement aucune incidence sur la plupart des mélanges".¹²

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 192.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 191.

¹⁰ B. R. Moser, "Influence of Blending Canola, Palm, Soybean, and Sunflower Oil Methyl Esters on Fuel Properties of Biodiesel" (2008), Volume 22, *Energy & Fuels*, pages 4301 à 4306, disponible à l'adresse <https://pubs.acs.org/doi/10.1021/ef800588x> (adresse consultée le 13 octobre 2021); I. Barabás and I.-A. Todoruț, "Biodiesel Quality, Standards and Properties", in G. Montero, *Biodiesel – Quality, Emissions and By-Products* (IntechOpen, 2011), disponible à l'adresse <https://www.intechopen.com/chapters/23666> (adresse consultée le 13 octobre 2021).

¹¹ Rapport du Groupe spécial *UE – Biodiesel (Argentine)*, paragraphe 7.122.

¹² Règlement (CE) n° 193/2009 de la Commission du 11 mars 2009 imposant un droit antidumping provisoire sur les importations de biodiésel originaire des États-Unis d'Amérique, JO 2009 L 67, page 26, paragraphe 33 c), disponible à l'adresse <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0193> (adresse consultée le 13 octobre 2021).

43. En particulier, compte tenu des évolutions technologiques de ces dernières années, toutes les matières premières pour biocarburants provenant de cultures oléagineuses peuvent être utilisées de manière interchangeable pour produire de l'huile végétale hydrotraitée (hydrogénée) (HVH), le produit final présentant les mêmes propriétés physiques et chimiques indépendamment de la ou des matières premières particulières utilisées pour le produire. L'HVH a les mêmes propriétés d'emploi et peut être utilisée en toute saison sur tous les marchés des États membres de l'UE, indépendamment de la ou des matières premières particulières utilisées pour la produire. Elle permet aux producteurs et aux mélangeurs de biocarburants de choisir les matières premières spécifiques à utiliser sur la seule base de considérations de prix et de disponibilité sur le marché. En ce qui concerne ses caractéristiques physiques et ses propriétés chimiques, le biocarburant de type HVH dérivé du palmier à huile n'est pas seulement "similaire" aux autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses mais en fait identique à tout autre biocarburant de type HVH dérivé de cultures oléagineuses.¹³
44. En ce qui concerne les utilisations finales des produits, la Malaisie note que le biocarburant produit à partir d'EMP et les autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses (tels que l'EMC et l'EMS) sont généralement mélangés pour produire des EMAG, qui sont à leur tour mélangés à du diesel conventionnel pour produire le carburant vendu à la station-service. Les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses ont donc la même utilisation finale. La part de chaque type de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses dans les EMAG dépend du prix, de la disponibilité de l'offre et de la nécessité de satisfaire aux normes de qualité pertinentes. La Malaisie note que la norme européenne EN 590¹⁴ pour le carburant diesel et la norme européenne EN 14214¹⁵ pour le biodiesel ne font pas de distinction entre les différents types de biocarburants en fonction des matières premières à partir desquelles ils sont produits.
45. En ce qui concerne l'utilisation finale du biocarburant de type HVH dérivé du palmier à huile, la Malaisie rappelle que le produit final présente les mêmes propriétés physiques et chimiques, indépendamment de la ou des matières premières utilisées pour le produire, qu'il a les mêmes propriétés d'emploi et qu'il peut être utilisé en toute saison sur tous les marchés des États membres de l'UE, indépendamment de la ou des matières premières utilisées.
46. Pour ce qui est des préférences, des perceptions et du comportement des consommateurs, la Malaisie note que les consommateurs de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses sont les producteurs d'EMAG et d'HVH. Ces consommateurs mélangent généralement différents types de biocarburants. Ils n'ont aucune préférence particulière quant aux biocarburants qui sont mélangés pour produire des EMAG. Ce qui compte pour les consommateurs c'est la TLF, indépendamment des matières premières utilisées. Par conséquent, leur choix de biocarburant est fondé sur le prix, la disponibilité de l'offre et la nécessité de satisfaire aux normes de qualité pertinentes. Ces normes peuvent varier d'une saison à l'autre et d'un pays à l'autre, en fonction des conditions climatiques. Compte tenu de la différence entre les valeurs de la TLF, il peut être plus approprié dans certaines circonstances d'utiliser certains biocarburants dérivés de cultures oléagineuses plutôt que d'autres pour satisfaire aux normes de qualité pertinentes, ou de les utiliser davantage. Toutefois, les différents types de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses sont hautement substituables du point de vue des consommateurs. En ce qui concerne le biocarburant de type HVH dérivé du palmier à huile, la Malaisie note que l'HVH a les mêmes propriétés d'emploi et peut être utilisée par les consommateurs pertinents, à savoir les mélangeurs de biocarburants et les producteurs de carburants, en toute saison sur tous les

¹³ *Ibid.*, paragraphes 156 à 175.

¹⁴ La norme EN 590 prévoit les prescriptions et les méthodes d'essai applicables aux carburants diesel pour automobiles.

¹⁵ La norme 14214 est la spécification européenne pour les EMAG qui énonce les prescriptions et les méthodes d'essai applicables au biodiesel destiné à être utilisé dans les moteurs diesel. La norme EN 14214 autorise l'utilisation d'un grand nombre de matières premières et de procédés de fabrication différents, à condition que le produit EMAG fini soit conforme à certaines spécifications minimales. Indépendamment de la source, de la composition ou du processus de fabrication des EMAG, les produits EMAG commercialisés doivent être conformes à la spécification EN 14214 pour fabriquer du carburant diesel EN 590 et ainsi avoir la même utilisation finale.

- marchés des États membres de l'UE, indépendamment de la ou des matières premières utilisées pour la produire.
47. Compte tenu de ce qui précède, la Malaisie estime que tous les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses sont des "produits similaires" au sens de l'article 2.1.
48. Le troisième élément du critère de compatibilité concerne la question de savoir si la mesure en question accorde un "traitement non moins favorable". Dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, l'Organe d'appel a établi un critère à deux volets pour déterminer si un règlement technique accordait un "traitement non moins favorable" au sens de l'article 2.1. Premièrement, il faut examiner si la mesure en question fausse les conditions de concurrence au détriment des produits importés par le plaignant. Ensuite, dans les cas de discrimination *de facto*, il doit être déterminé si l'incidence préjudiciable de la mesure en cause découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, plutôt qu'elle ne reflète l'existence d'une discrimination à l'égard du groupe des produits importés.¹⁶
49. La Malaisie soutient que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS faussent les conditions de concurrence sur le marché de l'UE des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses au détriment du biocarburant dérivé du palmier à huile importé de Malaisie, et que l'incidence préjudiciable de ces mesures ne découle pas d'une distinction réglementaire légitime. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, tels qu'ils sont énoncés à l'article 26.2 de la Directive RED II, limitent d'abord puis excluent *de facto* la possibilité que le biocarburant dérivé du palmier à huile soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. Comme la principale caractéristique du marché de l'UE des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses est que ce marché n'existerait pas sans les objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables (et les mesures de soutien connexes), ces mesures garantissent pratiquement l'élimination du biocarburant dérivé du palmier à huile du marché. La Malaisie soutient donc que les mesures en cause ont une incidence préjudiciable sur les conditions de concurrence du biocarburant dérivé du palmier à huile en provenance de Malaisie par rapport aux conditions de concurrence des biocarburants de l'UE produits à partir d'autres cultures oléagineuses, ainsi que des biocarburants produits à partir d'autres cultures oléagineuses importés dans l'UE d'autres pays. Par conséquent, les mesures en cause sont incompatibles avec l'obligation de traitement national et l'obligation de traitement NPF énoncées à l'article 2.1.
50. En l'espèce, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont discriminatoires *de facto*. Par conséquent, le Groupe spécial doit examiner si l'incidence préjudiciable de ces mesures sur les conditions de concurrence du biocarburant dérivé du palmier à huile découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Pour déterminer si c'est le cas, il doit analyser minutieusement la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application de ces mesures. En particulier, il doit analyser si elles sont conçues et appliquées d'une manière impartiale, ou si elles manquent d'impartialité, par exemple parce qu'elles sont conçues ou appliquées de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable.
51. Les biocarburants à risque élevé de CIAS qui sont soumis aux mesures en cause sont les biocarburants produits à partir de matières premières dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone. L'article 3 du Règlement délégué énonce deux critères cumulatifs pour déterminer les matières premières à risque élevé de CIAS: i) 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 ii) la part de cette expansion sur des terres présentant un important stock de carbone est supérieure à 10%.
52. Le résultat de l'application de ces critères est que seule l'huile de palme, et aucune autre culture oléagineuse, est classée comme présentant un risque élevé de CIAS et que seul le biocarburant dérivé du palmier à huile, et aucun autre biocarburant dérivé de cultures oléagineuses, est soumis au plafond pour risque élevé de CIAS et à l'élimination progressive

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 180 et 182.

pour risque élevé de CIAS. Toutefois, la Malaisie soutient que l'utilisation du risque élevé de CIAS en tant que distinction réglementaire est très problématique, car 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 biocarburant dans un lieu géographique et la production de cultures dans un autre lieu géographique. De plus, la modélisation des émissions liées aux CIAS est trop incertaine pour donner une estimation exacte des CIAS. La Malaisie estime donc que l'existence d'un risque élevé de CIAS n'est pas une distinction réglementaire fiable et appropriée, et qu'elle n'est donc pas justifiable.

53. À titre subsidiaire, la Malaisie estime que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, les mesures en cause, ne sont pas appliqués d'une manière impartiale. Selon elle, la distinction réglementaire établie par ces mesures n'est pas adaptée en fonction du risque auquel elles cherchent à remédier. D'après la classification susmentionnée de risque élevé de CIAS qui résulte de l'application de ces critères, seule l'huile de palme, et aucune autre culture oléagineuse, est classée comme présentant un risque élevé de CIAS et seul le biocarburant dérivé du palmier à huile, et aucun autre biocarburant dérivé de cultures oléagineuses, est soumis au plafond pour risque élevé de CIAS et à l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS.
54. La Malaisie estime aussi que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS ont été conçus et appliqués de façon à constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable. Les mesures en cause s'appliquent au biocarburant dérivé du palmier à huile mais pas aux biocarburants produits à partir d'autres cultures oléagineuses. Cette discrimination est à la fois injustifiée et arbitraire car il n'y a pas de lien rationnel entre la discrimination et l'objectif fondamental des mesures en cause, à savoir éviter des émissions supplémentaires de GES.
55. Compte tenu du fait que la distinction réglementaire établie par les mesures en cause n'est pas adaptée en fonction des risques auxquels ces mesures cherchent à remédier, des sérieux doutes concernant le lien rationnel entre la distinction réglementaire et l'objectif recherché par les mesures en cause et du fait que les mesures en cause sont conçues et appliquées de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable, la Malaisie estime que l'incidence préjudiciable des mesures en cause ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime mais reflète une discrimination à l'égard du biocarburant dérivé du palmier à huile en provenance de Malaisie.

D. La limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS créent des obstacles non nécessaires au commerce international et sont donc incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC

56. La Malaisie estime que la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont incompatibles avec les obligations énoncées à l'article 2.2 de l'Accord OTC.
57. La jurisprudence a conclu qu'en substance, l'article 2.2 servait de critère de la nécessité dans l'Accord OTC. Cet article vise à établir un équilibre entre deux objectifs opposés, à savoir la libéralisation des échanges et la poursuite d'un objectif légitime de politique générale par les Membres de l'OMC. La jurisprudence établie a défini un critère de compatibilité à quatre volets avec l'article 2.2. Sur la base de ce critère, la Malaisie estime ce qui suit:
- i) les mesures en cause dans le présent différend, c'est-à-dire la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, sont des "règlements techniques" au sens de l'Annexe 1.1;
 - ii) les mesures en cause sont "restrictives pour le commerce";
 - iii) elles réalisent leurs objectifs allégués dans une mesure qu'il est très difficile, voire impossible, de déterminer et qui, en tout état de cause, est très limitée; et

- iv) les mesures en cause sont "plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait.
58. S'agissant du premier élément, la Malaisie a conclu plus haut que la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS étaient des règlements techniques.
59. Le deuxième élément du critère de compatibilité avec l'article 2.2 concerne la question de savoir si la mesure en cause est "restricti[ve] pour le commerce". Cela exige du groupe spécial qu'il détermine que la ou les mesures en cause ont "un effet limitatif sur le commerce".¹⁷
60. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS ont incontestablement un effet restrictif, c'est-à-dire limitatif, sur le commerce du biocarburant dérivé du palmier à huile car ces mesures limitent d'abord puis excluent *de facto* la possibilité que ce biocarburant soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. Il n'y a aucune demande de biocarburant dérivé du palmier à huile qui ne peut être comptabilisée aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. Par conséquent, la Malaisie estime que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont "restrictifs pour le commerce" au sens de l'article 2.2.
61. Le troisième élément du critère de compatibilité avec l'article 2.2 concerne la question de savoir si la mesure en cause réalise un objectif légitime. Cette question soulève un certain nombre de questions intermédiaires, à savoir: i) comment établir l'objectif ou les objectifs recherchés par la mesure en cause; ii) quels objectifs sont des "objectifs légitimes" au sens de l'article 2.2; iii) quand une mesure "réalise"-t-elle un objectif légitime; et iv) comment établir si, et dans l'affirmative, dans quelle mesure, la mesure en cause réalise l'objectif légitime recherché.
62. En ce qui concerne la détermination d'un objectif approprié, les parties conviennent qu'un groupe spécial n'est pas lié par la qualification par un Membre des objectifs poursuivis au moyen de la mesure. De même, la Malaisie souscrit à l'avis de l'UE selon lequel, dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel "a clarifié qu'un groupe spécial [devait] procéder à une *évaluation objective et indépendante* des objectifs recherchés par un Membre".¹⁸ Elle soutient qu'étant donné que les objectifs recherchés sont les moteurs fondamentaux d'un texte législatif, il est raisonnable d'affirmer que ces buts seraient consignés dans le ou les règlements pertinents. Elle est d'avis que les objectifs explicitement énoncés dans les règlements pertinents (le plus souvent dans le préambule) doivent donc être considérés comme un élément important pour évaluer l'objectif ou les objectifs véritables et immédiats d'une mesure.
63. D'après le préambule de la Directive RED II et du Règlement délégué, la Malaisie soutient que l'objectif fondamental déclaré des mesures est d'éviter les émissions supplémentaires de GES en limitant les changements indirects dans l'affectation des sols.
64. S'agissant de la deuxième question intermédiaire, à savoir quels objectifs sont des "objectifs légitimes", il convient de noter que certains "objectifs légitimes" sont explicitement énumérés dans la troisième phrase de l'article 2.2 (à savoir: i) la sécurité nationale; ii) la prévention de pratiques de nature à induire en erreur; iii) la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, et la préservation des végétaux; et iv) la protection de l'environnement), et que ces objectifs ne constituent pas une liste exhaustive. De toute évidence, l'évaluation de la légitimité est étroitement liée à la détermination par le Groupe spécial de l'objectif ou des objectifs de l'UE.
65. S'agissant de la troisième question intermédiaire, à savoir quand une mesure "réalise"-t-elle un objectif légitime, l'Organe d'appel a décidé que "la question de savoir si un règlement technique "réalis[ait]" un objectif [avait] trait au degré de contribution que le règlement

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 319.

¹⁸ UE, première communication écrite, paragraphe 796 (pas de mise en relief dans l'original).

technique apport[ait] à l'accomplissement de l'objectif légitime".¹⁹ Ce degré de contribution à l'accomplissement de l'objectif légitime revêt une grande importance tant pour l'"analyse relationnelle" que pour l'"analyse comparative" au titre du quatrième élément du critère de compatibilité.

66. S'agissant de la dernière question intermédiaire, qui consiste à savoir comment établir si, et dans l'affirmative, dans quelle mesure, la mesure en cause réalise l'objectif légitime recherché, l'Organe d'appel a indiqué dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)* que le degré de réalisation de l'objectif recherché (le degré de contribution à l'accomplissement de l'objectif) pouvait ressortir de la conception, de la structure et du fonctionnement du règlement technique, ainsi que des éléments de preuve relatifs à l'application de la mesure.
67. En l'espèce, il est extrêmement difficile de déterminer l'étendue de toute contribution apportée à l'accomplissement de l'objectif ou des objectifs des mesures. Cette difficulté tient en grande partie au fait que le paramètre choisi pour déterminer le succès ou l'échec des mesures (c'est-à-dire les CIAS) ne peut être ni observé ni mesuré et qu'il est donc impossible d'imputer les risques de CIAS exclusivement au biocarburant dérivé du palmier à huile en provenance, entre autres origines, de la Malaisie. De même, il est impossible d'estimer avec précision dans quelle mesure, le cas échéant, des émissions de GES liées aux CIAS se produisent et la mesure dans laquelle ces émissions seraient réduites par le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS.
68. Le quatrième et dernier élément du critère de compatibilité avec l'article 2.2 concerne la question de savoir si la mesure en question n'est "pas plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. À cet égard, un groupe spécial devrait commencer par prendre en considération des facteurs parmi lesquels figurent les suivants: i) le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause; ii) le caractère restrictif pour le commerce de la mesure; et iii) la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif ou des objectifs recherchés par le Membre au moyen de la mesure.²⁰ Cette mise en balance des facteurs constitue l'"analyse relationnelle" susmentionnée.
69. L'Organe d'appel a souligné que, dans la plupart des cas, une comparaison de la mesure contestée et des mesures de rechange possibles devrait être effectuée. En d'autres termes, en plus d'une "analyse relationnelle", dans la plupart des cas une "analyse comparative" devrait aussi être effectuée pour établir si un règlement technique est "plus restrictif[]" pour le commerce qu'il n'est nécessaire". Dans le contexte de cette "analyse comparative", il peut être pertinent d'examiner en particulier: i) si la mesure de rechange proposée est moins restrictive pour le commerce; ii) si elle apporterait une contribution équivalente à l'objectif ou aux objectifs légitimes pertinents, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait; et iii) si elle est raisonnablement disponible.
70. S'agissant du premier facteur à examiner dans l'analyse relationnelle au titre de l'article 2.2, la Malaisie a indiqué que les mesures en cause étaient très restrictives pour le commerce.
71. S'agissant du deuxième facteur à examiner dans l'analyse relationnelle au titre de l'article 2.2, à savoir la contribution à l'accomplissement de l'objectif fondamental des mesures en cause (c'est-à-dire, éviter des émissions supplémentaires de GES en limitant les changements directs et indirects dans l'affectation des sols), la Malaisie indique à nouveau que cette contribution serait très difficile, voire impossible, à déterminer, que ce soit en termes quantitatifs ou qualitatifs, et qu'en tout état de cause, elle serait très limitée. Elle indique que l'efficacité de la contribution des mesures en cause à l'objectif fondamental est considérablement affaiblie par le fait qu'il n'y a aucune certitude que l'expansion de la production sur des terres présentant un important stock de carbone ne se poursuivra pas, ou même ne s'accroîtra pas, afin d'accroître la production de matières premières autres que l'huile de palme pour produire des biocarburants destinés au marché de l'UE.

¹⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 315.

²⁰ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322.

72. Pour ce qui est du troisième facteur à examiner dans l'analyse relationnelle au titre de l'article 2.2, à savoir la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'objectif recherché par l'UE au moyen des mesures en cause, la Malaisie estime que les risques et la gravité des conséquences que le non-respect des mesures entraînerait sont, sans être insignifiants, plutôt limités. Il en est ainsi parce 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.
73. S'agissant de l'"analyse comparative" susmentionnée au titre de l'article 2.2, la Malaisie considère qu'il existe des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce, que des exemples de ces mesures sont déjà appliqués avec succès par l'UE dans d'autres secteurs et que l'UE aurait dû les employer en ce qui concerne la production et l'utilisation de biocarburants, de bioliquides ou de combustibles issus de la biomasse associés à un risque élevé de CIAS dans le secteur des transports. Elle soutient que ces mesures ne seraient pas discriminatoires et seraient plus efficaces pour faire en sorte que l'insuffisance résultant de la réduction progressive de l'utilisation des cultures oléagineuses à risque élevé de CIAS ne soit pas remplacée par d'autres cultures qui pourraient avoir des effets semblables, voire pires, sur la déforestation et en ce qui concerne l'empiètement sur des terres présentant un important stock de carbone et les émissions de GES qui lui sont liées, ou d'autres conséquences environnementales négatives (par exemple, l'utilisation accrue de pesticides et d'engrais, des rendements plus faibles et/ou la nécessité de superficies plantées plus grandes).
74. À titre de description indicative et non exhaustive des mesures de rechange que l'UE aurait dû envisager et adopter, la seule charge de la preuve qui incombe à la Malaisie, les mesures ci-après sont particulièrement pertinentes:
- i) un système de vérification de la légalité, tel que le plan d'action relatif à l'application des réglementations forestières, à la gouvernance et aux échanges commerciaux (FLEGT);
 - ii) l'approche appliquée par l'UE dans son initiative "zéro déforestation";
 - iii) 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);
 - iv) 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;
 - v) des contingents en matière d'accès aux marchés; et
 - vi) des prescriptions spécifiques à l'importation appliquées lot par lot.
75. Compte tenu des considérations qui précèdent, la Malaisie soutient que la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont incompatibles avec l'article 2.2.
- E. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne sont pas fondés sur les normes internationales pertinentes et, par conséquent, sont incompatibles avec l'article 2.4 de l'Accord OTC***
76. L'article 2.4 de l'Accord OTC énonce un critère de compatibilité à trois volets. Pour déterminer si un règlement technique est compatible ou non avec l'article 2.4, un groupe spécial doit examiner:
- i) s'il existe une norme internationale pertinente (ou si son achèvement est imminent);

-
- ii) si la norme internationale pertinente est "utilisée comme base" du règlement technique en cause; et
 - iii) si la norme internationale pertinente est un moyen efficace et approprié de réaliser les objectifs légitimes recherchés.
77. S'agissant du premier élément du critère de compatibilité à trois volets avec l'article 2.4, soit la question de savoir s'il existe une norme internationale pertinente (ou si son achèvement est imminent), la Malaisie estime que les normes internationales pertinentes sont les suivantes:
- i) les normes de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) 14040 et ISO 14044 établissant des normes internationales pour l'évaluation du cycle de vie;
 - ii) la norme ISO 14067 spécifiant les principes, les exigences et les lignes directrices pour quantifier et communiquer l'empreinte carbone d'un produit; et
 - iii) la norme 13065 concernant les critères de durabilité pour la bioénergie.
78. Les normes ISO sont des "normes internationales" au sens de l'article 2.4.
79. S'agissant de la question de savoir si ces normes sont des normes internationales "pertinentes" au sens de l'article 2.4, le Groupe spécial *CE – Sardines* a été d'avis, et l'Organe d'appel est convenu, que, pour qu'une norme internationale soit "pertinente", elle devait "[être] relatif[ve] ou [...] se rapport[er] à la question examinée" ou être "adaptée" à la question traitée par le règlement technique.
80. La Malaisie estime que les normes ISO susmentionnées sont des normes internationales "pertinentes" au sens de l'article 2.4. Ces normes, et en particulier la norme ISO 14067:2018, lue conjointement avec les normes ISO 14040:2016 et ISO 14044:2017, énoncent des principes, exigences et lignes directrices pour déterminer l'empreinte carbone de produits, y compris les biocarburants. Comme les mesures en cause limitent d'abord puis excluent *de facto* la possibilité que le biocarburant dérivé du palmier à huile soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables sur la base, en substance, de son empreinte carbone, les normes ISO pour déterminer l'empreinte carbone sont "pertinentes" dans l'évaluation de la compatibilité des mesures en cause avec l'article 2.4. De plus, la norme ISO 13065:2015, qui s'appuie aussi sur la norme ISO 14067:2018, s'applique à l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement et énonce "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."²¹
81. Le deuxième élément du critère de compatibilité avec l'article 2.4 concerne la question de savoir si la norme internationale pertinente est "utilisée comme base" du règlement technique en cause. L'UE a indiqué qu'elle n'avait pas utilisé les normes susmentionnées comme base des règlements techniques en cause.²²
82. Le troisième et dernier élément du critère de compatibilité avec l'article 2.4 concerne la question de savoir si la norme internationale pertinente est un moyen efficace et approprié de réaliser l'objectif ou les objectifs légitimes recherchés. La Malaisie estime que les normes ISO susmentionnées sont des moyens efficaces et appropriés de réaliser l'objectif fondamental des mesures de l'UE en cause, à savoir éviter des émissions supplémentaires de GES en limitant les changements directs et indirects dans l'affectation des sols.
83. Compte tenu des considérations qui précèdent, la Malaisie soutient que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont incompatibles avec l'article 2.4 de l'Accord OTC.

²¹ ISO 13065:2015 (Sustainability criteria for bioenergy), paragraphe 1.

²² Voir aussi UE, réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphe 721.

F. L'UE, en élaborant, adoptant ou appliquant les mesures en cause, notamment la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, n'a pas, à la demande de la Malaisie, justifié ces mesures au regard des paragraphes 2 à 4 de l'article 2 de l'Accord OTC et, par conséquent, a agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'Accord OTC

84. Pour évaluer si un Membre a agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'Accord OTC, en particulier la première phrase, un groupe spécial doit établir si:
- i) le Membre "élabor[e], adopt[e] ou appliqu[e] un règlement technique";
 - ii) ce règlement technique "[peut] avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres";
 - iii) une "demande" est faite par "un autre Membre" de justifier le règlement technique en cause au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4; et
 - iv) le Membre en question n'a pas "justifié" ce règlement technique au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4.
85. S'agissant du premier élément du critère de compatibilité à quatre volets avec la première phrase de l'article 2.5, la Malaisie affirme que les mesures de l'UE en cause, à savoir la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, sont des règlements techniques.
86. S'agissant du deuxième élément du critère de compatibilité avec la première phrase de l'article 2.5, la Malaisie fait observer que, comme le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* l'a indiqué, il suffit au titre de l'article 2.5 que le règlement technique en question "[puisse] avoir un effet notable sur le commerce". Ainsi qu'il est indiqué plus haut, la Malaisie estime que les règlements techniques en cause, à savoir la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, "[peuvent non seulement] avoir" mais "ont" un effet sur le commerce de la Malaisie avec l'UE. De plus, ainsi qu'il est indiqué plus haut, l'effet sur le commerce de la Malaisie est clairement "notable" au sens donné à ce terme dans la jurisprudence de l'OMC, à savoir "suffisamment grand ou important pour mériter l'attention; digne d'être noté", ou "important, digne d'être noté ou lourd de conséquences".²³
87. S'agissant du troisième élément du critère de compatibilité avec la première phrase de l'article 2.5, soit la question de savoir si une "demande" a été faite par "un autre Membre" de justifier le règlement technique en cause au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4, l'UE a déjà déclaré que la Malaisie avait fait cette demande.²⁴
88. S'agissant du quatrième élément du critère de compatibilité avec la première phrase de l'article 2.5, soit la question de savoir si le Membre en question n'a pas "justifié" ce règlement technique" au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4, la Malaisie souligne que la première phrase de l'article 2.5 exige que le Membre concerné "justifie le règlement technique". La simple fourniture de renseignements généraux sur le règlement technique est insuffisante.
89. La Malaisie soutient en outre que l'UE n'a pas du tout justifié les règlements techniques en cause au regard des obligations contractées au titre de l'article 2.2 à 2.4. En réponse aux demandes répétées de la Malaisie et d'autres Membres de justifier les règlements techniques en cause, l'UE a seulement dit que les mesures en cause n'étaient pas des règlements techniques.
90. Compte tenu de ce qui précède, la Malaisie conclut que l'UE a agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'Accord OTC.

²³ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs* (2^{ème} plainte), paragraphe 1052; et le rapport du Groupe spécial *Corée – Navires de commerce*, paragraphe 7.570 (en ce qui concerne l'article 6.3 c) de l'Accord SMC).

²⁴ UE, réponses aux questions du Groupe spécial, paragraphe 732.

G. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS du biocarburant dérivé du palmier à huile sont fondés sur un concept abstrait et non justifié de risque élevé de CIAS plutôt que sur les propriétés d'emploi de ce biocarburant et sont donc incompatibles avec l'article 2.8 de l'Accord OTC

91. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont fondés sur un concept abstrait et non justifié de risque élevé de CIAS plutôt que sur les propriétés d'emploi de ces biocarburants et sont donc incompatibles avec l'article 2.8 de l'Accord OTC.
92. la Malaisie estime que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS du biocarburant dérivé du palmier à huile sont fondés sur un concept abstrait et non justifié de risque élevé de CIAS plutôt que sur les propriétés d'emploi de ce biocarburant et sont donc incompatibles avec l'article 2.8.
93. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques qui déterminent quels biocarburants dérivés de cultures oléagineuses peuvent être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. Le biocarburant qui présente un risque élevé de CIAS est d'abord limité puis finalement exclu *de facto* en vertu des mesures en cause. Le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS énoncent des prescriptions relatives au produit en fonction d'une caractéristique descriptive, à savoir un risque élevé de CIAS. En outre, cette caractéristique descriptive est un concept abstrait et non justifié qui est dénué de fondement scientifique. Le risque élevé de CIAS n'est pas lié à la performance environnementale du biocarburant.
94. Dans le contexte de son allégation d'incompatibilité avec l'article 2.4, la Malaisie a indiqué qu'il existait des normes internationales énonçant des principes, critères et lignes directrices sur la manière de déterminer la performance environnementale d'un produit, tel que le biocarburant, et la durabilité de la bioénergie. Ces normes internationales sont la norme ISO 14067:2018, lue conjointement avec les normes ISO 14040:2016 et ISO 14044:2017, et la norme ISO 13065:2015. Pour identifier les biocarburants qui ne doivent pas être comptabilisés aux fins de la réalisation de ses objectifs en matière d'énergies renouvelables en raison de leur impact environnemental négatif, l'UE aurait pu établir les règlements techniques en cause sur la base de ces normes ISO, et aurait dû le faire, ce qui lui aurait permis de définir des prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi.
95. L'article 2.8 dispose que "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", mais il nuance cette obligation en indiquant "[d]ans tous les cas où cela sera approprié". Le Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* a été d'avis que le membre de phrase "dans tous les cas où cela sera approprié" devait être interprété comme signifiant dans les cas où il était "adéquat", "convenable" et "indiqué" de définir les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi. La Malaisie soutient qu'en l'espèce il est "adéquat", "convenable" et "indiqué", et donc "approprié", de définir les prescriptions relatives au produit pour le biocarburant en fonction des propriétés d'emploi, conformément aux normes ISO susmentionnées.
96. Compte tenu de ce qui précède, la Malaisie conclut que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont incompatibles avec l'article 2.8 parce que ces mesures sont basées sur les prescriptions relatives au produit en fonction des caractéristiques descriptives plutôt qu'en fonction des propriétés d'emploi.

H. La limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS ont été adoptés sans la publication et la notification requises de ces mesures et sans qu'un processus adéquat pour la présentation d'observations ait été organisé, et sont donc incompatibles avec l'article 2.9 de l'Accord OTC

97. La Malaisie estime que la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont incompatibles avec l'article 2.9.2 et/ou 2.9.4 de l'Accord OTC.
98. Lorsqu'il n'existe pas de norme internationale pertinente ou qu'un règlement technique projeté n'est pas conforme à une norme internationale pertinente et que le règlement technique projeté peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, l'article 2.9 impose des prescriptions détaillées aux Membres en matière de transparence, de notification et de consultation.
99. La Malaisie soutient que la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont incompatibles avec l'article 2.9.2 car l'UE n'a pas notifié les propositions concernant la Directive RED II et le Règlement délégué, qui énoncent les mesures en cause. Elle conclut aussi que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont incompatibles avec l'article 2.9.4 car l'UE n'a pas organisé de processus significatif pour la présentation d'observations sur la proposition relative au Règlement délégué.

I. La 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

100. La Malaisie estime que la certification relative au faible risque de CIAS, telle qu'elle est énoncée aux articles 4 à 6 du Règlement délégué, est une procédure d'évaluation de la conformité au sens de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC.
101. La Malaisie ne formule pas d'allégation d'incompatibilité du règlement technique qui est directement pertinente pour la procédure d'évaluation de la conformité en cause. Suivant le libellé du Règlement délégué et sa logique sous-jacente, elle considère que "l'exemption de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS" est le règlement technique directement pertinent pour la procédure d'évaluation de la conformité en cause.
102. De plus, la Malaisie allègue qu'il y a un lien indirect entre la procédure d'évaluation de la conformité en cause, à savoir la certification relative au faible risque de CIAS, d'une part, et la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS, d'autre part, pour déterminer si les biocarburants, en l'espèce les biocarburants dérivés du palmier à huile, satisfont aux prescriptions requises pour être exemptés des limites instituées par la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS.
103. La Malaisie estime que la certification relative au faible risque de CIAS, telle qu'elle est énoncée aux articles 4 à 6 du Règlement délégué, est une procédure d'évaluation de la conformité au sens de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC et qu'elle est donc soumise aux disciplines énoncées à l'article 5 de l'Accord.

J. La certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.1.1 de l'Accord OTC

104. La Malaisie estime que la certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.1.1 de l'Accord OTC parce qu'elle établit une discrimination à l'égard des fournisseurs malaisiens de biocarburant dérivé du palmier à huile par rapport aux fournisseurs de l'UE ou d'autres origines étrangères de biocarburant dérivé de cultures oléagineuses produit à partir de matières premières autres que l'huile de palme.
105. L'article 5.1.1 prévoit des obligations en matière de traitement NPF et de traitement national en ce qui concerne les procédures d'évaluation de la conformité.

-
106. Le Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires* a été d'avis qu'un Membre importateur agirait d'une manière incompatible avec l'article 5.1.1 si trois éléments étaient établis:
- i) les fournisseurs d'un autre Membre à qui il a été accordé un accès moins favorable sont des fournisseurs de produits qui sont "similaires" aux produits de fournisseurs nationaux ou de fournisseurs de tout autre pays à qui il a été accordé un accès plus favorable;
 - ii) 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 accès à des fournisseurs de produits d'un autre Membre "à des conditions moins favorables" que celles qui sont accordées aux fournisseurs de produits nationaux ou de produits en provenance de tout autre pays; et
 - iii) le Membre importateur accorde accès à des conditions moins favorables aux fournisseurs de produits similaires "dans une situation comparable".
107. S'agissant du premier élément du critère de compatibilité avec l'article 5.1.1, la Malaisie a déjà montré que les produits en cause, à savoir le biocarburant dérivé du palmier à huile et d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, étaient "similaires" au sens de l'article 2.1. Ils sont donc aussi "similaires" au regard de l'article 5.1.1.
108. S'agissant du deuxième élément du critère de compatibilité avec l'article 5.1.1, la Malaisie estime que les conditions d'accès à la certification relative au faible risque de CIAS accordées par l'UE modifient les conditions de concurrence entre, d'une part, les fournisseurs malaisiens de biocarburant dérivé du palmier à huile et, d'autre part, les fournisseurs de l'UE et d'autres pays de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires, au détriment des fournisseurs malaisiens. Il en est ainsi parce qu'en raison de l'article 3 du Règlement délégué, seul le biocarburant dérivé du palmier à huile est un biocarburant à risque élevé de CIAS et, par conséquent, un biocarburant soumis à une certification relative au faible risque de CIAS. Les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires ne sont pas des biocarburants présentant risque élevé de CIAS et, par conséquent, ne sont pas soumis à une certification relative au faible risque de CIAS. Le fait que les fournisseurs malaisiens sont soumis à une certification relative au faible risque de CIAS s'ils souhaitent que leur biocarburant soit comptabilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, alors que les fournisseurs de l'UE et d'autres fournisseurs de biocarburants similaires ne le sont pas, fausse clairement les conditions de concurrence au détriment des fournisseurs malaisiens. Puisqu'elle n'est pas applicable aux biocarburants similaires des fournisseurs de l'UE et d'autres pays, la certification relative au faible risque de CIAS accorde accès à une évaluation de la conformité aux fournisseurs malaisiens de biocarburant dérivé du palmier à huile à des conditions moins favorables.
109. S'agissant du troisième élément du critère de compatibilité avec l'article 5.1.1, soit la détermination sur le point de savoir si l'accès est accordé à des conditions non moins favorables "dans une situation comparable", la Malaisie estime que les fournisseurs malaisiens de biocarburant dérivé du palmier à huile, d'une part, et les fournisseurs de l'UE et d'autres pays de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires, d'autre part, sont "dans une situation comparable". Ce sont tous des fournisseurs de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires. Le fait que les biocarburants des fournisseurs de l'UE et des fournisseurs d'autres pays ne sont pas soumis à une certification relative au faible risque de CIAS ne signifie pas que les fournisseurs de la Malaisie, de l'UE et d'autres pays ne sont pas "dans une situation semblable". Si tel était le cas, aucune procédure d'évaluation de la conformité ne serait jamais jugée incompatible avec l'article 5.1.1.
110. Compte tenu de ce qui précède, la Malaisie conclut que la certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec les obligations en matière de traitement NPF et de traitement national énoncées à l'article 5.1.1.

K. La certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.1.2 de l'Accord OTC

111. La Malaisie estime que la certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.1.2 de l'Accord OTC car, en appliquant la procédure d'évaluation de la conformité en cause, l'UE crée des obstacles non nécessaires au commerce international.
112. L'article 5.1.2 prescrit que l'application des procédures d'évaluation de la conformité "n'[ait] ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international".
113. Comme pour l'article 2.2 au sujet des règlements techniques, l'analyse requise au titre de l'article 5.1.2 pour établir si une procédure d'évaluation de la conformité est un "obstacle non nécessaire au commerce international", c'est-à-dire plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire, comporte, selon l'Organe d'appel, un exercice global de soupesage et de mise en balance de tous les facteurs pertinents en ce qui concerne la procédure d'évaluation de la conformité contestée (c'est-à-dire, l'"analyse relationnelle") et dans le cadre de la comparaison avec des mesures de rechange proposées (c'est-à-dire, l'"analyse comparative").²⁵ Selon l'Organe d'appel, les facteurs pertinents à prendre en compte par un groupe spécial dans son analyse au titre de l'article 5.1.2 sont les suivants:
- i) la question de savoir si la procédure d'évaluation de la conformité fournit une assurance suffisante de la conformité avec le règlement technique ou la norme sous-jacent;
 - ii) le caractère strict de la procédure d'évaluation de la conformité ou de la manière dont elle est appliquée; et
 - iii) la nature des risques et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-conformité avec le règlement technique ou la norme.
114. S'agissant du premier facteur à prendre en compte par le Groupe spécial dans l'analyse relationnelle au titre de l'article 5.1.2, soit la question de savoir si la certification relative au faible risque de CIAS, telle qu'elle est énoncée aux articles 4 à 6 du Règlement délégué, fournit une assurance suffisante de la conformité avec les règlements techniques sous-jacents, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, la Malaisie note que la certification relative au faible risque de CIAS concerne évidemment les CIAS et, comme il est indiqué plus haut, les CIAS ne peuvent être ni observés ni mesurés. La certification relative au faible risque de CIAS ne peut donc pas fournir une assurance suffisante que le biocarburant certifié présente effectivement un faible risque de CIAS. En fait, cette certification ne fournit aucune assurance de la conformité.
115. S'agissant du deuxième facteur à prendre en compte dans l'analyse relationnelle, à savoir le caractère strict de la certification relative au faible risque de CIAS, la Malaisie indique que conformément à l'article 4 du Règlement délégué, le biocarburant produit à partir de matières premières à risque élevé de CIAS peut uniquement être certifié comme présentant un faible risque de CIAS si trois conditions sont remplies:
- i) le biocarburant respecte les critères de durabilité et de réduction des émissions de GES énoncés à l'article 29 de la Directive RED II;
 - ii) le biocarburant a été produit à partir de matières premières supplémentaires obtenues au moyen de mesures d'additionnalité répondant aux critères spécifiques énoncés à l'article 5 du Règlement délégué;
 - iii) les éléments de preuve nécessaires pour distinguer les matières premières supplémentaires et pour étayer les allégations relatives à la production de matières premières supplémentaires sont dûment recueillis et documentés par les opérateurs économiques concernés.
116. S'agissant de la deuxième de ces conditions cumulatives, à savoir que le biocarburant a été produit à partir de matières premières supplémentaires obtenues au moyen de mesures d'additionnalité, la Malaisie note que l'article 5.1 a) du Règlement délégué prévoit, comme

²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.186.

il est indiqué plus haut, ce qu'il est convenu d'appeler trois "filiales d'additionnalité" et que chacune de ces filiales montre le caractère strict de la certification relative au faible risque de CIAS.

117. De plus, il y a beaucoup d'incertitude quant à l'efficacité de la certification relative au faible risque de CIAS plus généralement. Ces préoccupations ont récemment été confirmées par les résultats d'un rapport pilote sur ladite certification en Malaisie dans le contexte d'une plantation de palmiers à huile.²⁶ En particulier, toute l'approche relative aux "mesures d'additionnalité" est remise en question par les données concernant l'influence des événements extérieurs sur le rendement et le "rendement dynamique de référence" pertinent au regard duquel le rendement supplémentaire d'une matière première donnée est mesuré. En termes simples, ainsi que l'indique le rapport pilote, "[c]omme le rendement est influencé par un large éventail de facteurs, y compris la météo, la densité des arbres, le régime en matière d'apports d'engrais, etc., démêler l'effet exclusif d'une mesure d'additionnalité dans le rendement est un défi." De plus, et s'agissant du caractère strict de la procédure d'évaluation de la conformité, le rapport pilote constate que "seuls des volumes relativement faibles de biomasse supplémentaire peuvent être certifiés comme présentant un faible risque de CIAS et uniquement dans les années au cours desquelles le rendement réel est supérieur au rendement dynamique de référence", et que "la certification de faibles volumes de biocarburant constitue une lourde charge administrative".
118. Outre le fait que l'étude pilote démontre le caractère strict de la certification relative au faible risque de CIAS, la Malaisie soutient que cette étude est également probante quant au troisième facteur à prendre en compte par le Groupe spécial dans l'analyse relationnelle au titre de l'article 5.1.2, à savoir la nature des risques en question et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-conformité avec les règlements techniques. De fait, contrairement à ce que l'UE a affirmé, la certification relative au faible risque de CIAS ne constitue pas une filière fiable pour le palmier à huile conforme; elle sert plutôt à renforcer davantage les éléments les plus restrictifs des règlements techniques sous-jacents auxquels ladite procédure d'évaluation de la conformité se rapporte, directement et indirectement.
119. La Malaisie estime que, sur la base de l'analyse relationnelle à elle seule, le Groupe spécial peut déjà arriver à la conclusion que la certification relative au faible risque de CIAS est plus stricte, et qu'elle est certainement appliquée de manière plus stricte actuellement, qu'il n'est nécessaire pour donner à l'UE une assurance suffisante que le biocarburant dérivé du palmier à huile est conforme aux règlements techniques en cause.
120. Ainsi qu'il est indiqué plus haut dans le contexte de l'"analyse comparative" au titre de l'article 5.1.2, le Groupe spécial doit déterminer si une mesure de rechange pour la certification relative au faible risque de CIAS:
- i) est raisonnablement disponible;
 - ii) est moins stricte ou appliquée de manière moins stricte;
 - iii) apporte une contribution équivalente à l'objectif visant à donner au Membre importateur une assurance suffisante que les produits sont conformes aux règlements techniques ou aux normes applicables.
121. La Malaisie considère que des mesures de rechange moins strictes ou appliquées de manière moins stricte sont disponibles. Ces mesures sont déjà appliquées avec succès par l'UE dans d'autres secteurs et l'UE aurait pu les employer facilement en ce qui concerne la certification relative au faible risque de CIAS.

²⁶ Low ILUC-risk certification: Pilot report and recommendations Malaysia, Oil palm yield increase, February 2021, 9 June 2021, disponible à l'adresse https://iluc.guidehouse.com/images/reports/Phase1_Pilot_Report_Malaysia.pdf.

L. La certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.2.1 de l'Accord OTC

122. La Malaisie estime que la certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.2.1 de l'Accord OTC parce que l'UE n'a pas mis à disposition "aussi vite que possible" le règlement d'application détaillé requis pour "engager et achever" la procédure d'évaluation de la conformité en cause, c'est-à-dire la certification relative au faible risque de CIAS.
123. L'obligation prévue à l'article 5.2.1 de faire en sorte que les procédures d'évaluation de la conformité soient "engagées et achevées aussi vite que possible" concerne le délai dans lequel une procédure d'évaluation de la conformité doit être engagée et achevée. L'adverbe "vite" est interprété comme indiquant que "l'obligation porte sur la rapidité d'exécution" de la procédure d'évaluation de la conformité "et/ou le moment où elle est exécutée". La prescription imposant d'engager et d'achever la procédure d'évaluation de la conformité "aussi vite que possible" indique que le but de toute procédure d'évaluation de la conformité est d'obtenir "une assurance positive de la conformité avec des règlements techniques".²⁷
124. La Malaisie estime qu'étant donné que l'UE n'a pas adopté de règlement d'application, il n'a pas été possible à ce jour d'engager, voire d'engager et d'achever vite, une certification relative au faible risque de CIAS. De ce fait, elle conclut que l'UE agit d'une manière incompatible avec l'article 5.2.1.

M. La certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.6 de l'Accord OTC

125. La Malaisie estime que la certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.6.1, 5.6.2 et 5.6.4 de l'Accord OTC parce que l'UE, s'agissant de la certification, n'a pas notifié cette procédure d'évaluation de la conformité aux autres Membres de l'OMC ni engagé de consultations valables avec eux ou ménagé la possibilité de présenter des observations à son sujet, comme l'exigent ces dispositions.

N. La certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.8 de l'Accord OTC

126. La Malaisie estime que la certification relative au faible risque de CIAS est incompatible avec l'article 5.8 de l'Accord OTC parce que l'UE n'a pas publié dans les moindres délais ni rendue autrement accessible la mesure en cause, à savoir la certification relative au faible risque de CIAS, pour permettre aux parties intéressées en Malaisie d'en prendre connaissance.

O. 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 sont incompatibles avec l'article 12.1 et 12.3 de l'Accord OTC

127. L'Accord OTC exige des Membres de l'OMC qu'ils tiennent compte des circonstances spécifiques des pays en développement et accordent aux pays en développement Membres un traitement différencié et plus favorable. La Malaisie estime que l'UE a agi d'une manière incompatible avec l'article 12.1 et 12.3 de l'Accord OTC.
128. La Malaisie soutient que l'UE, dans l'élaboration et l'application des mesures en cause, notamment 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, n'a pas tenu compte des circonstances spécifiques des pays en développement, en particulier de la Malaisie, où l'huile de palme et le biocarburant dérivé du palmier à huile sont produits.
129. En ce qui concerne ses allégations, 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

²⁷ Ibid.

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.

130. La Malaisie est consciente des exigences apparemment laxistes imposées jusqu'à présent aux pays développés au titre de l'article 12, mais elle demande qu'il soit imposé au minimum aux Membres de l'OMC de démontrer en quoi les besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres ont effectivement été pris en compte.
131. En résumé, la Malaisie soutient que, dans l'élaboration et l'application des mesures en question, l'UE n'a pas tenu compte des circonstances spécifiques des pays en développement, en particulier de la Malaisie, ni accordé aux pays en développement Membres un traitement différencié et plus favorable, agissant ainsi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'Accord OTC.

ALLÉGATIONS AU TITRE DU GATT DE 1994 EN CE QUI CONCERNE LES MESURES DE L'UE

A. Introduction

132. La Malaisie estime que les mesures en cause sont incompatibles avec les obligations de l'UE au titre des articles I:1, III:4, X:3 a) et/ou XI:1 du GATT de 1994.

B. Le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS sont incompatibles avec l'article I:1 du GATT de 1994

133. La Malaisie estime que 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 les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses "similaires" et leurs matières premières originaires de pays tiers et sont donc incompatibles avec l'article I:1 du GATT de 1994. En particulier, en limitant et en éliminant progressivement la possibilité que le biocarburant dérivé du palmier à huile soit utilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, les mesures en cause établissent une discrimination entre le biocarburant dérivé du palmier à huile et l'huile de palme malaisiens et les biocarburant dérivés de cultures oléagineuses similaires et leurs matières premières d'autres origines étrangères.
134. Le but principal de l'obligation en matière de traitement NPF de l'article I:1 est d'assurer à tous les Membres l'égalité des chances d'importer en provenance, ou d'exporter à destination, d'autres Membres de l'OMC (ou de tout autre pays).
135. L'obligation de traitement NPF de l'article I:1 interdit la discrimination *de jure* et *de facto*. En d'autres termes, cet article s'applique non seulement aux mesures "fondées sur l'origine" (qui sont discriminatoires par définition), mais aussi aux mesures dont il apparaît qu'elles sont "neutres quant à l'origine", telles qu'elles sont libellées, mais qui, en fait, sont discriminatoires.
136. L'article I:1 énonce un critère à quatre volets pour déterminer si une mesure affectant le commerce des marchandises est compatible avec l'obligation de traitement NPF. Sur la base de ce critère, la Malaisie estime ce qui suit:
- i) les mesures en cause, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, sont des mesures visées par l'article I:1;
 - ii) les mesures en cause accordent un "avantage";
 - iii) les produits concernés sont des "produits similaires"; et
 - iv) l'avantage en cause n'est pas accordé "immédiatement et sans condition" à tous les produits similaires concernés.

137. L'obligation de traitement NPF de l'article I:1 concerne "[t]ous avantages, faveurs, privilèges ou immunités" accordés par un Membre à un produit originaire ou à destination de tout autre pays en ce qui concerne, entre autres choses, "les questions qui font l'objet de l'article III:4 du GATT de 1994", c'est-à-dire les lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ce produit sur le marché intérieur.
138. En l'espèce, les mesures en cause, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS sont, comme on l'a vu, des lois ou réglementations nationales affectant la vente et/ou l'utilisation des produits concernés sur le marché intérieur et relèvent de l'article III:4. Par conséquent, les mesures en cause sont également visées par l'article I:1.
139. Le deuxième élément du critère de compatibilité avec l'obligation de traitement NPF de l'article I:1 concerne la question de savoir si la mesure en cause accorde un "avantage". Selon l'Organe d'appel, l'article I:1 prescrit que:
- "[t]ous avantages ... accordés par un Membre 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 tous les autres Membres".²⁸
140. La Malaisie estime que les mesures de l'UE en cause, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, accordent des avantages aux biocarburants dérivés de cultures oléagineuses et à leurs matières premières importés de certains Membres qui ne sont pas accordés à tous les Membres, et en particulier la Malaisie.
141. Comme la Malaisie l'a déjà démontré plus haut, non seulement le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS limiteront le biocarburant dérivé du palmier à huile sur le marché des biocarburants de l'UE, et à terme l'en excluront, mais ces mesures auront évidemment aussi une incidence défavorable sur la demande, et l'importation, d'huile de palme, c'est-à-dire la matière première pour le biocarburant dérivé du palmier à huile. En raison des mesures en cause, l'huile de palme sera exclue *de facto* à terme du marché des matières premières pour biocarburants de l'UE et le biocarburant dérivé du palmier à huile est principalement importé dans l'UE.
142. Le troisième élément du critère de compatibilité avec l'obligation de traitement NPF de l'article I:1 concerne la question de savoir si les produits en cause sont des "produits similaires". La notion de "produits similaires" n'est pas définie à l'article I:1 et la jurisprudence sur la "similarité" au sens de l'article I:1 est limitée. Toutefois, la jurisprudence plus abondante sur la "similarité" au sens de l'article III du GATT de 1994 est directement pertinente.
143. Le quatrième élément du critère de compatibilité avec l'obligation de traitement NPF de l'article I:1 concerne la question de savoir si l'avantage accordé par la mesure en cause est étendu, "immédiatement et sans condition", à tous les produits "similaires", quelle que soit leur origine ou leur destination.
144. Comme il est indiqué plus haut, aucun des avantages dont peuvent bénéficier les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses et leurs matières premières, telles que l'huile de soja et l'huile de colza, qui sont importés de certains Membres n'est accordé au biocarburant dérivé du palmier à huile et à l'huile de palme importés de Malaisie. Les avantages susmentionnés n'ont donc pas été accordés immédiatement et sans condition.
145. Par conséquent, la Malaisie estime que le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS sont incompatibles avec les obligations en matière de traitement NPF de l'article I:1 du GATT de 1994.

²⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 79.

C. *Le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994*

146. La Malaisie estime que le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS accordent un traitement moins favorable au biocarburant dérivé du palmier à huile et à l'huile de palme importés que celui qu'ils accordent aux matières premières et aux biocarburants dérivés nationaux "similaires" et, par conséquent, qu'ils sont incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994.
147. L'article III:4 énonce le critère de compatibilité à trois volets avec l'obligation de traitement national. Sur la base de ce critère, la Malaisie estime ce qui suit:
- i) les mesures en cause, à savoir 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, constituent une "loi, un règlement ou une prescription" visé par l'article III:4;
 - ii) les produits importés et les produits nationaux en cause sont des "produits similaires"; et
 - iii) les produits importés sont soumis à un "traitement moins favorable".
148. L'obligation de traitement national de l'article III:4 s'applique donc, entre autres choses, aux lois et règlements affectant la vente et l'utilisation de produits sur le marché intérieur. Le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS sont incontestablement des lois ou règlements affectant la vente et l'utilisation des biocarburants concernés et/ou de leurs matières premières importés sur le marché intérieur.
149. Le terme "affectant" qui figure à l'article III:4 a été interprété comme visant non seulement les lois et règlements qui régissent directement les conditions de vente ou d'utilisation mais aussi toutes lois ou tous règlements qui pourraient altérer les conditions de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés.²⁹ Comme nous l'avons vu, le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, chacun à leur manière, limitent ou excluent même, à terme, la possibilité que les biocarburants importés soient comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, "affectant" ainsi le marché de la manière proscrite par l'article III:4.
150. Le deuxième élément du critère de compatibilité avec l'obligation de traitement national de l'article III:4 concerne la question de savoir si les produits importés et les produits nationaux concernés sont "similaires".
151. Le troisième et dernier élément du critère de compatibilité avec l'obligation de traitement national de l'article III:4 concerne la question de savoir si la mesure en cause accorde un "traitement non moins favorable". L'interprétation donnée par l'Organe d'appel de l'expression "traitement non moins favorable" est axée sur les conditions de concurrence entre les produits importés et les produits similaires nationaux. Selon la jurisprudence actuelle, une mesure donne lieu à un "traitement moins favorable" incompatible avec l'article III:4 lorsqu'elle modifie les conditions de concurrence sur le marché pertinent au détriment des produits importés.
152. S'agissant du plafond pour risque élevé de CIAS et de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, la Malaisie a déjà démontré dans le contexte de son allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC que ces mesures s'appliquaient uniquement au biocarburant dérivé du palmier à huile et entraînaient un traitement moins favorable que le traitement accordé aux biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires.

²⁹ Rapport du Groupe spécial *Canada – Automobiles*, paragraphe 10.80.

153. De même, s'agissant de la certification relative au faible risque de CIAS, la Malaisie a déjà démontré que cette mesure modifiait les conditions de concurrence entre les fournisseurs malaisiens de biocarburant dérivé du palmier à huile, d'une part, et les fournisseurs de l'UE de biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires, d'autre part, au détriment des fournisseurs malaisiens.
154. Ainsi, le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS accordent un traitement moins favorable au biocarburant dérivé du palmier à huile importé que le traitement accordé aux biocarburants dérivés de cultures oléagineuses nationaux similaires.
- D. Le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS sont incompatibles avec l'article XI:1 du GATT de 1994**
155. L'article XI:1 du GATT de 1994 intitulé "Élimination générale des restrictions quantitatives" énonce une interdiction générale des restrictions quantitatives.
156. Sur la base du texte de l'article XI:1, deux éléments doivent être démontrés pour établir une incompatibilité avec cette disposition. Premièrement, la mesure doit entrer dans le champ d'application de l'article XI:1. Deuxièmement, la mesure doit être une prohibition ou une restriction à l'importation d'un produit originaire du territoire d'un autre Membre, ou une prohibition ou une restriction à l'exportation ou à la vente pour l'exportation d'un produit destiné au territoire d'un autre Membre.
157. L'article XI:1 s'applique aux prohibitions ou aux restrictions autres que les 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. La Malaisie note que l'article XI:1 ne mentionne pas les lois ou règlements mais, plus généralement, les *mesures*. Cette disposition n'interdit pas seulement les restrictions quantitatives *de jure*. Un groupe spécial a décidé en 2000 que "les disciplines prévues à l'article XI:1 englob[aient] les restrictions qui [étaient] *de facto* par nature".³⁰
158. Dans des différends antérieurs, la question s'est posée de savoir si l'article XI:1 visait uniquement les mesures à la frontière ou également les mesures internes concernant, par exemple, la vente, la mise en vente, le transport, la distribution et l'utilisation des produits après qu'ils ont été importés. S'agissant de la relation entre l'article III:4 et l'article XI:1, un groupe spécial a noté qu'on ne pouvait pas exclure *a priori* que différents aspects d'une mesure puissent affecter les possibilités de concurrence des importations de diverses manières, de sorte qu'ils relevaient soit de l'article III:4 (si les possibilités de concurrence sur le marché intérieur étaient affectées) soit de l'article XI:1 (si les possibilités d'importation elles-mêmes, c'est-à-dire l'entrée sur le marché, étaient affectées), ni même qu'il puisse y avoir une possibilité de chevauchement entre les deux dispositions. Ce chevauchement ne rendrait pas l'article XI:1 ou l'article III:4 redondant. Au contraire, il permettrait aux Membres de contester une mesure à la fois au titre de l'article XI:1 et de l'article III:4 en fonction de l'aspect de la mesure sur lequel le plaignant mettrait l'accent.
159. Compte tenu du champ d'application de l'article III:4 et de l'article XI:1 mentionné plus haut, la Malaisie convient avec le Groupe spécial *Inde – Automobiles* qu'une mesure peut relever à la fois de l'article III:4 et de l'article XI:1.
160. Pour ce qui est de la question de savoir comment la limitation de l'importation ou de l'exportation doit être démontrée, l'Organe d'appel a décidé qu'il n'était pas nécessaire de démontrer l'existence de cette limitation en quantifiant les effets de la mesure en cause, et que les effets limitatifs "[pouvaient] être démontrés au moyen de la conception, des principes de base et de la structure révélatrice de la mesure en cause examinée dans son contexte pertinent".

³⁰ Rapport du Groupe spécial *Argentine – Peaux et cuirs*, paragraphe 11.17. Voir aussi les rapports des Groupes spéciaux *Colombie – Bureaux d'entrée, États-Unis – Volaille (Chine)*, *Chine – Matières premières et UE – Paquet législatif pour l'énergie* (qui fait actuellement l'objet d'un appel).

161. En l'espèce, chacune des mesures en cause, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, a pour effet de limiter *de facto* les quantités des produits en cause qui sont importées dans l'UE.
162. La Malaisie estime que les mesures en cause, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, affectent les possibilités d'importation dans l'UE ainsi que, comme cela a été démontré plus haut, les possibilités de concurrence sur le marché intérieur de l'UE.
163. Par conséquent, la Malaisie conclut que le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS sont incompatibles avec l'interdiction des restrictions quantitatives énoncée à l'article XI:1 du GATT de 1994.

E. Le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS sont incompatibles avec l'article X:3 a) du GATT de 1994

164. La Malaisie estime que les mesures en cause, notamment le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, sont appliquées d'une manière qui n'est pas impartiale et/ou raisonnable et, par conséquent, qu'elles sont incompatibles avec l'article X:3 a) du GATT de 1994.
165. Dans le cadre de l'article X:3 a) du GATT de 1994, on peut contester:
- i) la manière dont les instruments juridiques du type de ceux qui relèvent de l'article X:1 sont appliqués ou mis en œuvre dans des cas particuliers; et
 - ii) les instruments juridiques qui régissent cette application ou mise en œuvre.
166. Les mesures en cause, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, telles qu'elles sont énoncées dans la Directive RED II et le Règlement délégué, sont, comme on l'a vu plus haut, des règlements d'application générale qui visent les restrictions relatives à l'importation de biocarburant dérivé du palmier à huile et d'huile de palme et affectent la vente ou l'utilisation de ces produits. Elles sont donc des mesures du type de celles qui relèvent de l'article X:1 et, par conséquent, qui entrent aussi dans le champ d'application de l'article X:3 a).
167. S'agissant du plafond pour risque élevé de CIAS et de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, la Malaisie fait valoir que ces mesures sont appliquées d'une manière qui n'est ni impartiale ni raisonnable parce qu'elles sont fondées sur le concept de risque élevé de CIAS, ou qu'elles appliquent ce concept, pour lequel le fondement scientifique est insuffisant et qui ne peut être ni observé ni mesuré ou établi directement d'une autre manière. Le concept de risque élevé de CIAS ne permet pas d'appliquer ou de mettre en œuvre ces mesures d'une manière impartiale, c'est-à-dire d'une manière équitable, non biaisée et dénuée de préjugé.
168. S'agissant de la certification relative au faible risque de CIAS, la Malaisie fait valoir que cette mesure est appliquée d'une manière qui n'est pas raisonnable car, comme on l'a vu plus haut, l'UE n'a pas adopté en temps voulu de législation de mise en œuvre prévoyant des règles détaillées qui permettraient que les produits soient certifiés comme présentant un faible risque de CIAS.

ALLEGATIONS AU TITRE DU GATT DE 1994 EN CE QUI CONCERNE LA MESURE FRANÇAISE

A. Introduction

169. La Malaisie allègue que la mesure française en cause, à savoir la réduction de la taxe française sur les carburants, une mesure qui réduit la taxe sur l'essence et les carburants diesel contenant des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses mais qui 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, viole les obligations de la France au titre du GATT de 1994. Les allégations d'incompatibilité avec le GATT formulées par la Malaisie sont axées en particulier sur l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants.

B. L'exclusion de l'essence et des carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants est incompatible avec l'article I:1 du GATT de 1994

170. Comme il a déjà été indiqué plus haut dans le contexte des allégations de la Malaisie concernant les mesures de l'UE, l'article I:1 du GATT de 1994 énonce un critère à quatre volets pour déterminer si une mesure affectant le commerce des marchandises est compatible avec l'obligation en matière de traitement NPF énoncée à cet article. Sur la base de ce critère, la Malaisie offre l'analyse suivante.
171. En l'espèce, la taxe française sur les carburants imposée sur l'essence et le diesel lorsqu'ils sont mis à la consommation en France, conjointement avec la réduction de la taxe qui s'applique à l'essence et aux carburants diesel contenant certains types de biocarburants, constitue une "taxe ou imposition intérieure" au sens de l'article III:2 du GATT de 1994.
172. Le fait de démontrer que l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants est une "question" faisant l'objet de l'article III:2 du GATT de 1994 est suffisant pour établir que la mesure française en cause entre dans le champ de l'article I:1 et est visée par cet article.
173. Le deuxième élément du critère de compatibilité avec l'obligation de traitement NPF de l'article I:1 concerne la question de savoir si la mesure en cause accorde un "avantage".
174. La Malaisie estime que la mesure française en cause, à savoir l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants, accorde un avantage à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés de certains Membres qui n'est pas accordé à tous les Membres de l'OMC et, en particulier, à la Malaisie. La mesure française en cause établit donc une discrimination indirecte entre des biocarburants "similaires" et leurs matières premières originaires de certains pays tiers et cet avantage n'est pas accordé à tous les Membres de l'OMC et, en particulier, à la Malaisie.
175. Le troisième élément du critère de compatibilité avec l'obligation de traitement NPF de l'article I:1 concerne la question de savoir si les produits en cause sont des "produits similaires". La Malaisie se réfère aux discussions antérieures sur la "similarité" en ce qui concerne le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, et réitère son affirmation selon laquelle le biocarburant dérivé du palmier à huile et l'huile de palme comme matière première pour biocarburants, ainsi que d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, tels que les biocarburants produits à partir d'huile de colza, d'huile de soja ou d'huile de tournesol, et leurs matières premières respectives, sont des "produits similaires".
176. Le quatrième élément du critère de compatibilité avec l'obligation de traitement NPF de l'article I:1 concerne la question de savoir si l'avantage accordé par la mesure en cause est étendu, "immédiatement et sans condition", à tous les produits "similaires", quelle que soit leur origine ou leur destination. La Malaisie estime qu'en excluant les produits dérivés du palmier à huile de la classification des sources d'énergies renouvelables, la législation française n'étend pas l'avantage accordé à l'essence et aux carburants diesel qui contiennent certains biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés et leurs matières premières, "immédiatement et sans condition", à l'essence et aux carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile et de l'huile de palme.

177. Compte tenu de ce qui précède, la Malaisie conclut que l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants équivaut à un avantage qui bénéficie à l'essence et aux carburants diesel contenant des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses importés et leurs matières premières, qui n'est pas accordé, immédiatement et sans condition, à l'essence et aux carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent des produits importés similaires, tels que le biocarburant dérivé du palmier à huile et l'huile de palme. La Malaisie estime que la mesure française est incompatible avec l'obligation en matière de traitement NPF de l'article I:1.

C. *L'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants est incompatible avec l'article III:2 du GATT de 1994*

178. La Malaisie estime qu'en excluant l'essence et les carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants, la France établit une discrimination à l'égard de ces carburants en favorisant l'essence et les carburants diesel qui contiennent d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses "similaires" nationaux et leurs matières premières d'origine française. La mesure française en cause établit donc une discrimination indirecte à l'égard du biocarburant dérivé du palmier à huile importés et ses matières premières, tout en favorisant d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses "similaires" nationaux et leurs matières premières d'origine française. Par conséquent, la Malaisie conclut que la mesure française est incompatible avec l'article III:2 du GATT de 1994.

179. La Malaisie soutient que l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants est incompatible avec la première phrase de l'article III:2 du GATT de 1994. Pour déterminer la compatibilité d'une mesure avec la première phrase de l'article III:2, un groupe spécial doit examiner:

- i) si la mesure en cause est une taxe ou autre imposition intérieure frappant des produits;
- ii) si les produits importés et les produits nationaux sont des produits "similaires"; et
- iii) si les produits importés sont frappés d'une taxe supérieure à celle qui frappe les produits nationaux.

180. Les taxes intérieures sont des mesures non tarifaires fiscales appliquées à la frontière ou sur le territoire du Membre pertinent. En ce qui concerne la première phrase de l'article III:2, la Malaisie fait valoir que la taxe sur l'essence et les carburants diesel contenant du biocarburant dérivé du palmier à huile, qui résulte de l'exclusion de ces carburants du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants, équivaut à une "taxe intérieure".

181. Le deuxième élément du critère de compatibilité avec l'obligation de traitement national de la première phrase de l'article III:2 concerne la question de savoir si les produits importés et les produits nationaux concernés sont "similaires". Dans le cadre de ses allégations d'incompatibilité des mesures de l'UE en cause avec l'article I:1, la Malaisie a déjà démontré que le biocarburant dérivé du palmier à huile et les autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, produits à partir d'huile de colza, d'huile de soja ou d'huile de tournesol et, par conséquent, l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile et d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, étaient des "produits similaires". De même, elle a démontré que l'huile de palme et d'autres matières premières provenant de cultures oléagineuses, telles que l'huile de colza, l'huile de soja ou l'huile de tournesol, étaient des "produits similaires". Elle estime qu'il s'ensuit que l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile 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 "similaires" au sens de la première phrase de l'article III:2.

182. Le troisième et dernier élément du critère relatif à la première phrase de l'article III:2 concerne la question de savoir si les produits importés sont frappés d'une taxe "supérieure" à celle qui frappe les produits nationaux similaires, ce qui a été interprété comme proscrivant "même le plus petit [dépassement]"³¹.
183. En particulier, la Malaisie formule et présente deux allégations au titre de l'article III:2. Premièrement, elle fait valoir que l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants est incompatible avec la première phrase de l'article III:2 car la taxe, que la France applique lorsque les opérateurs économiques mettent à la consommation en France de l'essence et des carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile importé, entre autres, de Malaisie, est supérieure à la taxe qui s'applique lorsque ces opérateurs économiques recourent, à la place, à des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses produits à partir de matières premières nationales "similaires".
184. À titre subsidiaire, la Malaisie conteste l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants, au titre de la deuxième phrase de l'article III:2. Selon elle, la mesure en cause entraîne une taxation dissemblable qui s'applique aux opérateurs économiques qui mettent à la consommation en France de l'essence et des carburants diesel contenant du biocarburant dérivé du palmier à huile importé, entre autres, de Malaisie, par rapport à ceux qui contiennent des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses directement compétitifs ou substituables produits à partir de matières premières nationales. La Malaisie soutient que cette taxation dissemblable protège la production nationale et est donc incompatible avec la deuxième phrase de l'article III:2. Elle estime qu'en excluant l'essence et les carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant produit à partir d'huile de palme, du champ de la réduction de la taxe sur les carburants, la France frappe directement l'essence et les carburants diesel qui contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile importé d'une taxe "supérieure" à celle qui frappe l'essence et les carburants diesel contenant d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses similaires nationaux.

JUSTIFICATION AU REGARD DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994

185. S'agissant de la tentative de l'UE de justifier ses mesures, ainsi que la mesure française, en ce qui concerne leur incompatibilité avec le GATT de 1994, au regard de certains alinéas de l'article XX du GATT de 1994, la Malaisie soutient que l'interprétation donnée par l'UE de l'article XX va à l'encontre de décennies de jurisprudence bien établie et n'a aucun fondement textuel dans cet article. L'UE tente de justifier son approche tout à fait nouvelle et erronée de l'article XX en faisant valoir que cette approche est "ancrée dans la nature et le fonctionnement des objectifs composites recherchés par la mesure en cause". Elle fait erreur.
186. L'interprétation erronée de l'article XX par l'UE est particulièrement prononcée dans son amalgame du critère du caractère "nécessaire" de l'article XX a) et b) et du critère "se rapportant à" de l'article XX g). L'UE estime que ces critères sont en grande partie "semblables", mais cela est incorrect.
- i) Premièrement, l'interprétation de l'UE ne tient pas compte des termes mêmes de l'article XX. L'article XX a) et b) exige qu'une mesure soit "nécessaire", alors que l'article XX g) exige qu'une mesure "se rapporte à".
 - ii) Deuxièmement, en faisant valoir que le critère de la "nécessité" énoncé à l'article XX a) et b) et le critère "se rapporte à" énoncé à l'article XX g) visent en substance à établir si les mesures en cause sont "rationnelles et raisonnables" du point de vue de leur conception, l'UE soutient que toute mesure "rationnelle et raisonnable" du point de vue de sa conception satisferait au critère de la "nécessité" prévu à l'article XX a) et b). La Malaisie soutient que réduire le critère de la "nécessité" à un critère du caractère

³¹ Rapport de l'Organe d'appel Japon – Boissons alcooliques II, page 26.

"rationnel et raisonnable" constitue un écart radical de la jurisprudence bien établie sur le critère de la "nécessité" prévu à l'article XX a) et b).

- iii) Troisièmement, en faisant valoir que le critère de la "nécessité" énoncé à l'article XX a) et b) et le critère "se rapporte à" énoncé à l'article XX g) visent en substance à établir si les mesures en cause sont "rationnelles et raisonnables" du point de vue de leur conception, l'UE suggère qu'une mesure serait justifiée au regard de l'article XX g) lorsque cette mesure est "rationnelle et raisonnable". Cela est incorrect. L'article XX g) prescrit également que la mesure en cause soit "appliquée[] conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales", mais l'approche de l'UE ne tient pas compte de cette deuxième prescription.
187. Outre l'amalgame général des critères de l'article XX a) et b) et de l'article XX g), l'UE n'interprète pas correctement non plus d'autres aspects de ces dispositions. Prenons, par exemple, son interprétation large de l'article XX a). La Malaisie souscrit à l'avis de l'UE selon lequel les groupes spéciaux et l'Organe d'appel – à juste titre – ont donné un sens large à ce concept. Toutefois, elle n'est pas d'accord avec l'UE dans la mesure où celle-ci ferait valoir que toutes les questions qui "nous affectent et nous concernent tous", ou que les questions au sujet desquelles "les citoyens sont de plus en plus préoccupés", sont visées par le concept de moralité publique. Cette interprétation est une invitation à se soustraire à toutes les obligations contractées dans le cadre de l'OMC en faisant appel à la "moralité publique".
188. Cette interprétation erronée de l'article XX s'étend aussi au texte introductif de cet article. L'exposé de l'UE à ce sujet est étrangement incomplet. Son omission la plus remarquable consiste peut-être en l'interprétation donnée par l'Organe d'appel du texte introductif dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, où il a été constaté que l'application d'une mesure provisoirement justifiée constituerait une "discrimination arbitraire" au sens du texte introductif de l'article XX si elle imposait, comme la mesure des États-Unis en cause dans cette affaire le faisait, "une prescription unique, rigide et stricte ... sans que l'on s'assure du bien-fondé" de la mesure "au regard des conditions existant dans les pays exportateurs".³²
189. La Malaisie soutient qu'en ne tenant pas compte des conditions de production des biocarburants en Malaisie, les mesures en cause sont appliquées de façon à constituer une "discrimination arbitraire" au sens du texte introductif de l'article XX.
190. En définitive, en avançant des arguments dénués de fondement dans le texte ou l'interprétation du droit, l'UE n'a pas fourni d'éléments *prima facie* au regard de l'article XX a), b) et/ou g).

ALLEGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD SMC EN CE QUI CONCERNE LA MESURE FRANÇAISE

A. Introduction

191. La Malaisie estime que la réduction de la taxe française sur les carburants est une subvention au sens de l'article premier de l'Accord SMC, dans la mesure où elle comporte une "contribution financière" des pouvoirs publics français ou, à titre subsidiaire, une forme de "soutien des revenus ou des prix" qui confère un "avantage". Deuxièmement, elle soutient que la mesure en cause est spécifique à certaines entreprises, comme le prévoit l'article 2 de l'Accord SMC. Troisièmement, elle affirme que la réduction de la taxe française sur les carburants est une subvention pouvant donner lieu à une action au titre de l'article 5 c) de l'Accord SMC car elle cause des effets défavorables pour les intérêts de la Malaisie et, en particulier, un "préjudice grave" au sens de l'article 6.3 a) et c) de l'Accord SMC.
192. L'Accord SMC définit quatre éléments constitutifs d'une "subvention" soumise aux disciplines de l'Accord SMC:
- i) une contribution financière (ou un soutien des revenus ou des prix);
 - ii) une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public;

³² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 177.

- iii) une contribution financière (ou un soutien des revenus ou des prix) qui confère un avantage; et
iv) le concept de "spécificité".
193. Pour qu'une mesure soit une subvention au sens de l'article 1.1 de l'Accord SMC, elle doit constituer une "contribution financière" ou prendre la forme d'un soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994.
194. La Malaisie soutient que la réduction de la taxe française sur les carburants est une contribution financière prenant la forme de recettes publiques normalement exigibles qui sont abandonnées au titre de l'article 1.1 a) 1) ii).
195. L'abandon (ou la non-perception) de recettes normalement exigibles au titre de l'article 1.1 a) 1) ii) signifie que les pouvoirs publics se sont procurés moins de recettes qu'ils ne l'auraient fait normalement. Conformément à la jurisprudence, les estimations des allègements fiscaux doivent reposer sur une vision conceptuelle d'une taxation de référence "normale". En règle générale, le point de référence est défini de façon à inclure les caractéristiques normales du régime fiscal, alors que les exonérations destinées à réaliser des objectifs autres que la fonction de base de la taxe (par exemple, l'internalisation d'externalités) peuvent être considérées comme des écarts par rapport au point de référence. Aux fins de l'analyse des "recettes publiques normalement exigibles [qui] sont abandonnées ou ne sont pas perçues", ce point de référence normatif doit être comparé avec "le traitement fiscal contesté et les raisons de ce traitement".
196. La Malaisie estime que le point de référence normatif, tel qu'il est "appliqué à tous les revenus comparables de tous contribuables se trouvant dans des situations comparables", est, en l'espèce, la Taxe générale sur les activités polluantes établie par les pouvoirs publics français en 1999 et étendue en 2005 aux distributeurs de carburants automobiles qui ne réalisent pas les objectifs annuels en matière de biocarburants. En vertu de ce traitement servant de point de référence, les pouvoirs publics français sont habilités à percevoir la taxe et à conserver le montant de la taxe payé. À cet égard, le montant de la taxe qui pourrait être généré constitue ce qui est "exigible[]" de la part des pouvoirs publics français dans le cadre du traitement servant de point de référence.
197. Dans le même temps, une exception à la taxe sur les carburants peut être considérée comme la combinaison d'un mandat d'incorporation contraignant et d'un crédit d'impôt. Le montant de la taxe correspond à la différence entre le pourcentage de l'objectif national (c'est-à-dire, le niveau requis d'incorporation de biocarburants renouvelables dans les carburants conventionnels, à savoir l'essence et le diesel) et le niveau effectif de biocarburant admissible qui est incorporé. Plus le niveau d'incorporation de biocarburant admissible est proche du pourcentage de l'objectif national, plus la taxe devant être payée par les opérateurs économiques qui mettent à la consommation en France de l'essence et des carburants diesel contenant des biocarburants admissibles (c'est-à-dire renouvelables) est faible. Cette taxe peut même être ramenée à zéro.
198. Dans ce cas de figure assez courant, c'est-à-dire celui où les opérateurs économiques incorporent et mettent à la consommation en France de l'essence et des carburants diesel contenant des biocarburants admissibles, les pouvoirs publics français ne perçoivent pas du tout ou pas intégralement les recettes fiscales qu'ils percevraient normalement.
199. La Malaisie estime que l'élément déterminant de la mesure française qui peut permettre d'avoir une compréhension pleine et entière de son fonctionnement prévu est l'exclusion de l'essence et des carburants diesel, dans la mesure où ils contiennent du biocarburant dérivé du palmier à huile, qui n'est pas classé comme une source d'énergie renouvelable, du champ de la réduction de la taxe française sur les carburants et, par conséquent, de tous les avantages qui en découlent.
200. Pour toutes ces raisons, la Malaisie allègue que les pouvoirs publics français ont "choisi" d'établir "pour [eux]-même"³³ les règles de taxation de l'essence et des carburants diesel

³³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)* (article 21:5 – UE), paragraphe 5.1444.

mis à la consommation en France. Plus spécifiquement, ils ne perçoivent pas des recettes "normalement exigibles" en accordant des incitations fiscales aux opérateurs économiques qui incorporent des biocarburants autres que du biocarburant dérivé du palmier à huile dans l'essence ou les carburants diesel et qui mettent ensuite ces carburants à la consommation en France. À titre subsidiaire, si le Groupe spécial constatait que la réduction de la taxe française sur les carburants n'est pas visée par le concept de "contribution financière", la Malaisie fait valoir que la mesure française en cause relève du concept de "soutien des revenus ou des prix" énoncé à l'article 1.1 a) 2) de l'Accord SMC.

201. Pour qu'une contribution financière soit une subvention au sens de l'article 1.1, elle doit être accordée par des pouvoirs publics ou un organisme public, y compris les autorités régionales et locales ainsi que les sociétés d'État. La Malaisie fait donc valoir qu'en l'espèce, il est indiscutable que la mesure en cause, la réduction de la taxe française sur les carburants, est une contribution financière (sous forme de recettes publiques, normalement exigibles, qui sont abandonnées) accordée par les pouvoirs publics français.
202. Le deuxième élément de la démonstration de l'existence d'une subvention au titre de l'article 1.1 est le fait qu'un "avantage" est conféré. Une analyse de l'avantage au titre de l'article 1.1 b) nécessite d'examiner si la contribution financière en cause accorde "au bénéficiaire un meilleur traitement que celui auquel il [a] accès sur le marché". En l'espèce, la mesure française en cause est une réduction de la taxe qui impose une taxe moindre ou n'en impose pas aux opérateurs économiques qui mettent à la consommation en France des produits pétroliers et diesel incorporant des biocarburants autres que le biocarburant dérivé du palmier à huile.
203. La Malaisie affirme que la mesure française, qui est une contribution financière ou une forme de soutien des revenus, confère clairement un avantage à ses bénéficiaires.
204. Les règles de l'OMC en matière de subventions ne s'appliquent pas à toutes les contributions financières des pouvoirs publics qui confèrent un avantage. Conformément à l'article 1.2, elles s'appliquent uniquement aux subventions spécifiques. Une subvention largement disponible dans une économie est présumée ne pas fausser la répartition des ressources dans cette économie et ne relève donc pas de l'Accord SMC. Pour déterminer si une subvention est "spécifique" à une entreprise ou à une branche de production ou à un groupe d'entreprises ou de branches de production (ci-après dénommés "certaines entreprises"), les principes énoncés aux alinéas a), b) et c) de l'article 2.1 de l'Accord SMC doivent être appliqués.
205. En l'espèce, la Malaisie soutient que la mesure en cause, c'est-à-dire la réduction de la taxe française sur les carburants, est une subvention spécifique *de jure* au sens de l'article 2.1 a) dont l'accès est limité 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, pour les raisons suivantes.
206. Premièrement, la mesure est inscrite dans la législation française. Deuxièmement, cette législation, conformément à laquelle l'autorité qui accorde la subvention, c'est-à-dire les pouvoirs publics français, agit, limite explicitement l'accès à la subvention aux opérateurs économiques qui mettent à la consommation en France de l'essence et des carburants diesel contenant des biocarburants autres que le biocarburant dérivé du palmier à huile. Troisièmement, et surtout, les opérateurs économiques qui mettent à la consommation en France de l'essence et des carburants diesel incorporant du biocarburant dérivé du palmier à huile sont expressément réputés ne pas être admissibles aux fins de la réduction de la taxe française sur les carburants. Toutefois, compte tenu des particularités du processus de mélange (c'est-à-dire la possibilité d'incorporer différents types de biocarburants dans l'essence et les carburants diesel), ces opérateurs économiques bénéficieront d'une réduction de la taxe, mais uniquement en proportion de la quantité de biocarburant dérivé de cultures oléagineuses autre que le biocarburant dérivé du palmier à huile qu'il contient. En d'autres termes, la France fait simplement abstraction et ne tient pas compte de la part imputable spécifiquement et uniquement au biocarburant dérivé du palmier à huile dans l'essence et les carburants diesel mis à la consommation en France.

207. Dans ces circonstances, la Malaisie conclut que la réduction de la taxe française sur les carburants est une subvention spécifique au sens de l'article 2.1 a), dont l'accès est explicitement limité et qui 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.
208. Ayant établi que la mesure en cause est une subvention spécifique au sens des articles 1^{er} et 2, la Malaisie estime en outre que cette mesure est incompatible avec l'article 5 de l'Accord SMC car elle cause un "préjudice grave" aux intérêts de la Malaisie au sens de l'article 5 c). On peut soutenir que cette tendance persistera par inadvertance à l'avenir, perpétuant ainsi les effets défavorables causés par la subvention pour les intérêts de la Malaisie.
209. Conformément à l'article 6.3, un "préjudice grave" peut apparaître dans les cas où la subvention, entre autres choses, détourne ou entrave les importations d'un produit "similaire" (article 6.3 a)); ou se traduit par une sous-cotation notable du prix du produit subventionné par rapport au 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 (article 6.3 c)).
210. En ce qui concerne son allégation et le critère juridique relatifs aux articles 5 c) et 6.3, en particulier l'article 6.3 a) et c), la Malaisie soutient ce qui suit:
- i) les produits en question sont en concurrence effective ou potentielle (c'est-à-dire que le "marché de produits" pertinent a été pris en considération) sur le marché français (c'est-à-dire le "marché géographique");
 - ii) la réduction de la taxe française sur les carburants a pour effet de détourner les importations des produits "similaires" en provenance de Malaisie;
 - iii) la réduction de la taxe française sur les subventions a pour effet de faire perdre des ventes des produits similaires en provenance de Malaisie dans une mesure notable; et
 - iv) le détournement des importations est causé par les subventions contestées.

DEMANDE DE CONSTATATIONS ET DE RECOMMANDATIONS DE LA MALAISIE

211. Pour les raisons exposées, la Malaisie demande que le Groupe spécial formule les constatations correspondantes d'incompatibilité avec les obligations pertinentes au titre de l'Accord OTC, du GATT de 1994 et de l'Accord SMC en ce qui concerne les mesures de l'UE, la mesure française, ainsi que les mesures de la Lituanie, conformément aux allégations de la Malaisie.
212. Elle demande que le Groupe spécial recommande que l'UE, la France et la Lituanie prennent les mesures appropriées pour rendre les mesures en cause conformes à leurs obligations au titre de l'Accord OTC, du GATT de 1994 et/ou de l'Accord SMC.

ANNEXE B-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE L'UNION EUROPÉENNE****1. INTRODUCTION**

1. La création d'un avenir durable face à la dégradation du climat et à l'effondrement de la biodiversité est une priorité mondiale. Ces phénomènes étroitement liés ne peuvent pas être traités séparément. La lutte contre les changements climatiques et la réduction de l'impact sur la biodiversité figurent parmi les objectifs les plus importants de l'Union européenne. La protection de ces objectifs est nécessaire pour protéger la moralité publique de l'UE. Encourager l'utilisation accrue d'énergies renouvelables est un moyen de contribuer à ces objectifs étroitement liés.
2. Le "régime de l'UE applicable aux biocarburants" encourage l'utilisation dans l'Union européenne de sources d'énergies renouvelables, spécifiquement certains biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse, dans le cadre d'une stratégie de décarbonation du secteur des transports de l'Union européenne. Ce régime est institué par différents instruments juridiques, y compris la Directive (UE) 2018/2001 (Directive RED II), le Règlement délégué (UE) 2019/807 de la Commission et le Rapport d'état.
3. La Directive RED II fixe deux objectifs contraignants de l'Union (les objectifs de l'UE):
 - L'objectif global en matière d'énergies renouvelables: la part de l'énergie produite à partir de sources renouvelables dans la consommation finale brute d'énergie de l'Union doit être d'au moins 32% d'ici à 2030.
 - L'objectif en matière de transports: les États membres doivent imposer aux fournisseurs de carburants l'obligation de faire en sorte que la part de l'énergie renouvelable dans la consommation finale d'énergie dans le secteur des transports atteigne au moins 14% d'ici à 2030.
4. Compte tenu des risques environnementaux liés à l'augmentation de la demande de biocarburants conventionnels et pour faire en sorte que le régime de l'UE applicable aux biocarburants contribue à la réalisation des objectifs de l'UE concernant l'atténuation des changements climatiques et la lutte contre la destruction de la biodiversité, ce qui protège la moralité publique de l'UE, la Directive RED II cherche à s'attaquer aux changements, qu'ils soient directs (CDAS) ou indirects (CIAS), dans l'affectation des sols induits par des cultures utilisées pour produire des biocarburants.
5. La Directive RED II définit aussi les critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre auxquels tous les biocarburants, bioliquides et combustibles issus de la biomasse doivent satisfaire pour pouvoir être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE. Les biocarburants produits à partir de matières premières cultivées sur des terres présentant un important stock de carbone ne satisfont pas à ces critères.
6. Les CIAS font référence à la situation où des terres non agricoles sont mises en production agricole par suite du fait que des terres précédemment utilisées pour la demande de produits autres que le carburant sont converties pour la production de matières premières utilisées pour les biocarburants. Les CIAS sont un phénomène mondial qui est transmis par le biais des marchés mondiaux de produits agricoles. Il s'ensuit que les CIAS induits par des politiques qui favorisent la production de biocarburants peuvent se produire n'importe où dans le monde. Le caractère mondial des CIAS explique pourquoi une approche par pays ou même par région pour faire face au risque de CIAS serait inefficace et inappropriée pour réaliser les objectifs de l'UE.
7. Comme la production de biocarburants conventionnels entraîne des CAS, la Directive RED II encourage le secteur des transports à délaisser progressivement ces biocarburants. Pour ce

faire, elle fixe une part maximale de l'objectif en matière d'énergies renouvelables dans le secteur des transports à laquelle les biocarburants conventionnels peuvent contribuer (part maximale de 7%) et encourage l'utilisation de biocarburants avancés en imposant une part minimale ("obligation relative aux carburants avancés"). De plus, la Directive RED II plafonne et limite progressivement la contribution des biocarburants produits à partir de matières premières pour lesquelles un risque élevé d'expansion importante de la zone de production sur des terres présentant un important stock de carbone est observé (biocarburants présentant un risque élevé de CIAS) à l'objectif en matière d'énergies renouvelables dans le secteur des transports (plafond pour risque élevé de CIAS et élimination progressive pour risque élevé de CIAS).

8. Les trois mesures identifiées par la Malaisie, la part maximale de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, contribuent toutes aux objectifs globaux du régime de l'UE applicable aux biocarburants car elles sont conçues pour faire en sorte que les CIAS liés à la production des cultures utilisées pour produire ces biocarburants ne soient pas aggravés par une nouvelle augmentation de la demande dans l'UE induite par la politique de l'UE en matière d'énergies renouvelables.
9. La Directive RED II établit également un système pour certifier que des biocarburants présentent un faible risque de CIAS (certification relative au faible risque de CIAS). Les biocarburants certifiés comme présentant un faible risque de CIAS ne sont pas soumis au plafond pour risque élevé de CIAS et à l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, et peuvent contribuer aux objectifs en matière d'énergies renouvelables dans la même mesure que d'autres biocarburants conventionnels, à savoir jusqu'à la part maximale de 7%.
10. La Malaisie conteste uniquement certains éléments du régime de l'UE applicable aux biocarburants. Elle formule des allégations au titre de nombreuses dispositions de l'OMC. Elle conteste aussi la méthode utilisée par l'UE pour identifier les matières premières présentant un risque élevé de CIAS.
11. À cet égard, le Règlement délégué 2019/807 de la Commission établit les critères suivants:
 - Critères servant à identifier les matières premières présentant un risque élevé de CIAS dont la zone de production gagne nettement sur les terres présentant un important stock de carbone; et
 - Critères servant à déterminer les biocarburants présentant un faible risque de CIAS et critères servant à certifier les biocarburants présentant un faible risque de CIAS.
12. Les critères servant à identifier les matières premières présentant un risque élevé de CIAS sont énoncés à l'article 3 du Règlement délégué 2019/807. Il est satisfait à ces critères lorsque:
 - 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;
 - la part de cette expansion sur des terres présentant un important stock de carbone est supérieure à 10%, conformément à une formule, dont la variable a été fixée par l'Union européenne sur la base de la littérature scientifique disponible et d'une étude fondée sur des renseignements satellites (l'évaluation fondée sur le SIG), qui sont exposées en détail dans le Rapport d'état.
13. Les "terres présentant un important stock de carbone" désignent les zones humides, y compris les tourbières, et les zones forestières continues au sens des points a), b) et c) de l'article 29.4 de la Directive RED II.
14. Le résultat obtenu en appliquant la formule est un pourcentage, qui indique la part de l'expansion annuelle de chaque matière première sur des terres présentant un important stock de carbone. Le pourcentage doit être comparé avec le seuil d'expansion importante identifié, qui est de 10%. Cela représente un choix normatif indiquant le niveau de risque accepté par l'Union européenne. Si le pourcentage est supérieur à 10%, cette matière première est considérée comme présentant un risque élevé de CIAS.

15. L'annexe du Règlement délégué 2019/807 présente les résultats de l'application de la formule énoncée à l'article 3 dudit règlement à différentes cultures utilisées pour produire des biocarburants. À l'heure actuelle, seule l'huile de palme répond aux conditions pour être classée comme une matière première présentant un risque élevé de CIAS. Cette évaluation fait l'objet d'un réexamen périodique à la lumière des nouvelles données (article 7 du Règlement délégué).
16. Les critères servant à identifier le risque de CIAS visent à déterminer quelles cultures destinées à l'alimentation animale dont la demande serait stimulée davantage seraient susceptibles d'entraîner une expansion sur des types de terres associées à des niveaux élevés d'émissions de GES et de perte de biodiversité que toute unité supplémentaire de biocarburant produite à partir de ces cultures ne donnerait pas lieu à des émissions de GES moins élevées. Cette conclusion est fondée sur l'expansion des cultures observée et tient compte des caractéristiques connues de certains types de terres ainsi que des caractéristiques (rendement et sous-produits) des différentes cultures.
17. Des taux d'expansion observables permettent d'évaluer le risque de CIAS précisément parce que des taux d'expansion élevés étayaient la conclusion que les terres arables existantes ne suffisaient pas à répondre à la demande supplémentaire de cette culture sans une extension de la zone de production et, par conséquent, des changements dans l'affectation des sols. La part de l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone témoigne de l'importance des émissions supplémentaires de GES et de la perte de biodiversité résultant de l'expansion globale de la zone cultivée d'une culture donnée. Des niveaux élevés de changements dans l'affectation des sols observables pour une culture spécifique dans des zones sensibles sur le plan environnemental (important stock de carbone/biodiversité) parallèlement à l'augmentation de la demande mondiale pour la même culture montrent que de nouvelles augmentations de la demande (pour quelque fin que ce soit) entraîneront probablement d'autres effets de détournement. Par conséquent, la formule relative aux cultures présentant un risque élevé de CIAS vise à identifier les cultures pour lesquelles de solides preuves montrent qu'une augmentation de la demande de matières premières se traduira par un taux élevé d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, c'est-à-dire qui présentent un risque élevé de CIAS.
18. Toutefois, les matières premières présentant un risque élevé de CIAS utilisées pour produire des biocarburants peuvent être cultivées dans des conditions qui réduisent au minimum le risque d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone, et peuvent donc être certifiées comme présentant un faible risque de CIAS. À cet égard, il y a trois "filiales" possibles, soit l'attractivité financière, la culture de terres abandonnées ou sévèrement dégradées et la culture par de petits exploitants.

2. ALLÉGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD OTC

2.1. Applicabilité de l'Accord OTC

19. S'agissant du plafond pour risque élevé de CIAS, de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et de la part maximale de 7%, la Malaisie n'a pas montré que l'une quelconque de ces mesures était un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.
20. Ces mesures concernent la possibilité que certains biocarburants contribuent à un "objectif en matière d'énergies renouvelables", mais elles laissent aux États membres le pouvoir de déterminer leur mélange de carburants respectif. Elles ne "prévoient" ni ne "prescrivent" la "composition des produits" auxquels elles s'appliquent, d'une manière soit positive soit négative. Elles identifient certains produits sur la base du fait qu'ils sont composés de certains intrants et définissent les incidences de la possibilité d'être retenu pour contribuer aux objectifs en matière d'énergies renouvelables sur cette base. Cela est analogue à une liste tarifaire qui identifie des produits sur la base de leur composition et définit les incidences qui en découlent du point de vue des droits applicables, mais ne prétend pas réglementer la composition des produits en tant que telle. En fait, la "composition" des carburants est réglementée dans l'Union européenne par d'autres textes législatifs, qui ne relèvent pas du présent différend.
21. La Malaisie n'a pas non plus montré que la certification relative au faible risque de CIAS était une procédure d'évaluation de la conformité au sens de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC. Elle n'a

pas montré que cette mesure établissait des procédures pour évaluer la conformité avec un règlement technique. Elle allègue que le règlement technique pertinent est l'"exemption de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS" mais elle n'a pas cherché à démontrer que cette exemption était un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. De fait, dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, la Malaisie ne fait pas référence à ce règlement technique et n'indique pas non plus qu'il constitue le fondement juridique de son allégation selon laquelle la certification relative au faible risque de CIAS est une procédure d'évaluation de la conformité. Par conséquent, aucune des allégations de la Malaisie fondées sur cette hypothèse n'est soumise à bon droit au Groupe spécial.

22. Il s'ensuit que la Malaisie n'a pas établi que l'Accord OTC était applicable en l'espèce.

2.2. Ordre d'analyse des allégations de la Malaisie

23. Si le Groupe spécial devait considérer que l'Accord OTC est applicable, il devrait traiter les allégations de la Malaisie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC avant d'examiner si la Malaisie a démontré que le plafond pour risque élevé de CIAS ou l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS était discriminatoire *de facto* et violait donc l'article 2.1 de l'Accord OTC.

24. La Malaisie a présenté ses allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC d'une manière qui invite effectivement le Groupe spécial à partir du principe (erroné) que les mesures "éliminent" l'utilisation de l'huile de palme. Cela implique qu'il y a déjà eu une évaluation du degré de caractère restrictif pour le commerce entraîné en fait par les mesures. Comme cette analyse doit être menée au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, l'Union européenne estime que le Groupe spécial devrait commencer par évaluer les allégations au titre de cette disposition. De plus, cet ordre d'analyse est conforme à la démarche qu'un groupe spécial doit entreprendre lorsqu'il examine des allégations au titre du GATT de 1994.

2.3. Article 2.1 de l'Accord OTC

25. La Malaisie allègue qu'il y a violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC au motif que deux des mesures qu'elle a identifiées, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, sont discriminatoires *de facto* et accordent donc un traitement moins favorable au biocarburant dérivé de l'huile de palme.

26. Pour établir une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC, il n'est pas suffisant que la Malaisie identifie une différenciation en ce qui concerne le traitement. Dans l'exercice de l'autonomie en matière de réglementation, les Membres peuvent apporter des distinctions à condition qu'elles soient liées à des objectifs légitimes et appliquées d'une manière impartiale. Bien que la Malaisie ait la charge de montrer qu'aucune distinction entre différentes matières premières utilisées pour produire des biocarburants ne peut être rationnellement liée aux objectifs recherchés par les mesures, elle invite effectivement le Groupe spécial à mener son analyse en partant de l'hypothèse qu'il existe un traitement moins favorable parce que l'huile de palme est classée dans la catégorie des matières premières présentant un risque élevé de CIAS. Cette approche est erronée.

27. En outre, l'Accord OTC n'impose pas aux Membres l'obligation de protéger des volumes spécifiques d'échanges commerciaux. Par conséquent, les arguments de la Malaisie à l'effet qu'il y a eu des campagnes contre l'huile de palme et qu'un accès stable au marché de l'UE est nécessaire pour le développement de la Malaisie ne sont pas pertinents pour ses allégations. Le Groupe spécial doit se concentrer sur les principes de base, la conception et le fonctionnement prévu des mesures en cause. Cela exige qu'il évalue les mesures dans le cadre de leur contexte plus large, à savoir le régime de l'UE applicable aux biocarburants.

28. Pour ce qui est de l'évaluation des produits "similaires", bien que les produits identifiés par la Malaisie constituent le point de départ de l'analyse du Groupe spécial, l'article 2.1 de l'Accord OTC et les articles I^{er} et III du GATT de 1994 exigent des groupes spéciaux qu'ils évaluent objectivement, sur la base de la nature et de l'importance du rapport de concurrence entre les produits sur le marché du Membre qui réglemente, l'ensemble des produits nationaux qui sont similaires aux produits importés du Membre plaignant. La Malaisie n'a pas démontré que l'EMP,

l'EMC et l'EMS étaient des produits similaires au sens des articles I^{er} et III:4 du GATT de 1994 et de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

29. Premièrement, s'agissant des propriétés des produits, ces trois biocarburants présentent des différences notables quant à la TLF qui ne sont pas compensées par le mélange et les additifs. La quantité d'EMP utilisée dans un mélange dépend de la saison et de l'endroit en Europe, et les mélanges EMAG 0 ne contiennent souvent pas plus de 20% d'EMP. Cela indique que l'EMP a une substituabilité limitée avec d'autres biocarburants.
30. Deuxièmement, s'agissant de l'utilisation finale, l'EMP est seulement utilisé couramment pendant la saison estivale en Europe méridionale. Les données communiquées dans le cadre de la Directive sur la qualité des carburants montrent également que, dans plusieurs États membres de l'UE, l'EMP ne détient qu'une faible part du marché des biocarburants.
31. Troisièmement, s'agissant des goûts et habitudes des consommateurs, compte tenu des exigences élevées concernant la TLF, ce sont principalement les mélanges d'EMAG dont l'ester méthylique de colza est une composante principale qui sont utilisés en hiver. Certains fournisseurs de carburants dans les pays nordiques indiquent que leurs produits n'incluent pas de biocarburant à base d'huile de palme. En outre, malgré l'absence de prescriptions en matière d'étiquetage des matières premières pour biocarburants, la tendance des consommateurs de l'UE à ne pas acheter de produits contenant de l'huile de palme a également commencé à se manifester dans le secteur des carburants.
32. Quatrièmement, s'agissant de la classification tarifaire, les produits biodiesel relèvent du code 3826 00. Cela comprend le biodiesel produit à partir de déchets d'huiles, de graisses animales et de divers mélanges de biodiesel. Le manque de détails dans la classification tarifaire affaiblit l'allégation de la Malaisie selon laquelle les produits qu'elle a identifiés sont "similaires".
33. Enfin, en ce qui concerne les produits utilisés comme intrants, la Malaisie n'a pas prouvé que les huiles végétales auxquelles elle faisait référence étaient "similaires". Les caractéristiques physiques de ces huiles (telles que les points de trouble, les valeurs d'iode, les points de fusion et les valeurs d'insaponification en g) étaient différentes, de même que leurs utilisations finales, les préférences des clients et leurs classifications tarifaires.
34. En tout état de cause, si le Groupe spécial devait considérer que la Malaisie a démontré que l'EMP, l'EMC et l'EMS étaient des produits similaires parce qu'ils étaient partiellement substituables, la définition donnée par la Malaisie des produits dont elle allègue qu'ils sont similaires est incorrecte car elle n'inclut pas l'ensemble complet des produits biocarburants similaires, qui sont partiellement substituables et auraient donc dû être inclus.
35. Premièrement, il n'y a aucune raison d'exclure d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses (produits à partir d'huile de tournesol, par exemple) et de se concentrer uniquement sur l'EMP, l'EMC et l'EMS.
36. Deuxièmement, la Malaisie elle-même fait valoir que l'HVH et les EMAG sont des produits similaires. Par conséquent, il n'y a aucune raison d'exclure l'HVH du groupe des produits similaires aux fins des allégations de la Malaisie au titre du GATT et de l'Accord OTC.
37. Troisièmement, si le Groupe spécial devait accepter que l'EMP, l'EMC et l'EMS ..., d'autres biocarburants, tels que ceux qui sont produits à partir de déchets d'huiles ou de graisses animales, devraient aussi être considérés comme des "produits similaires".
38. La Malaisie n'a pas démontré l'existence d'un traitement moins favorable. Elle reconnaît à juste titre qu'il n'y a aucune prohibition à l'importation étant donné que les mesures traitent uniquement la possibilité que des biocarburants soient comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables. Toutefois, elle n'a pas étayé ses allégations concernant les effets de distorsion allégués sur la concurrence.
39. Premièrement, la Malaisie s'appuie sur des éléments de preuve relatifs aux parts de marché de biocarburants qui ne satisfaisaient aux prescriptions relatives à la certification prévues par la

Directive RED I pour démontrer que les mesures en cause en l'espèce auraient pour résultat qu'il n'y aurait pas de marché pour le biocarburant dérivé de l'huile de palme. L'Union européenne admet que la Directive RED I a eu une incidence en ce sens que la pénétration des énergies renouvelables sur le marché aurait été plus faible face à la concurrence par les prix des combustibles fossiles. Toutefois, cela n'étaye pas la conclusion selon laquelle, en l'absence d'incitations, les énergies renouvelables n'auraient aucune part de marché. Cette affirmation suppose que le seul paramètre pertinent pour la part de marché est le prix. Toutefois, la demande des consommateurs est de plus en plus motivée par d'autres préoccupations, y compris des considérations liées à l'environnement et aux changements climatiques. Par conséquent, l'existence de critères d'admissibilité pour un objectif en matière d'énergies renouvelables ne détermine pas s'il existe ou non un marché pour les biocarburants.

40. De plus, la Directive RED II n'est pas structurée de la même manière que la Directive RED I. La nature des obligations imposées aux États membres est différente. On ne peut pas extrapoler en se fondant sur le fonctionnement de la Directive RED I que la Directive RED II aura les mêmes effets sur la concurrence. Dans le cadre de la Directive RED II, l'objectif du secteur des transports ne garantit aucun degré accru de pénétration du marché à aucun "biocarburant conventionnel" spécifique ni aucune part de marché spécifique à un biocarburant dérivé de cultures oléagineuses. La Directive ne garantit pas non plus qu'un quelconque biocarburant conventionnel spécifique sera admissible au bénéfice d'un subventionnement.
41. Deuxièmement, lorsqu'elle examine la question de savoir quels sont les carburants renouvelables à promouvoir, l'Union européenne, dans l'exercice de son autonomie en matière de réglementation, a le droit de choisir les carburants qui répondent le mieux à ses objectifs légitimes de politique générale. Ce n'est pas parce qu'un type d'énergie a été subventionné dans le passé qu'il existe une obligation indéterminée de continuer à encourager cette source d'énergie.
42. Il ressort d'une évaluation des effets allégués sur les conditions de concurrence que l'argumentation de la Malaisie repose sur une définition du "marché pertinent" qui est excessivement étroite. En même temps, le Groupe spécial doit effectuer l'exercice comparatif approprié. Une fois les produits "similaires" identifiés, le Groupe spécial est tenu d'examiner les possibilités de concurrence offertes au groupe des produits similaires importés par rapport à celles qui sont offertes au groupe des produits nationaux (ou d'autres produits étrangers).
43. Ainsi, 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 similaires importés par rapport au groupe des produits nationaux (ou à celui des produits importés similaires qui ne sont pas originaires de Malaisie). Cette analyse est absente et 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. En tout état de cause, la Malaisie n'a pas effectué cette analyse pour l'ensemble du groupe des produits similaires car sa propre définition du "produit similaire" est partielle.
44. Même si le Groupe spécial accepte que la Malaisie a établi l'existence d'effets de distorsion au détriment de l'huile de palme, cela ne détermine pas qu'il y a infraction à l'article 2.1 de l'Accord OTC précisément parce que les Membres ne sont pas empêchés d'adopter des distinctions réglementaires en soi. Il n'est pas contesté qu'à l'heure actuelle, en application de la formule établie dans le Règlement délégué, seule l'huile de palme est identifiée comme étant une matière première associée à un risque élevé de CIAS en cas d'expansion importante sur des zones présentant un important stock de carbone.
45. La Malaisie fait essentiellement valoir qu'il n'y a pas de distinction réglementaire légitime entre les biocarburants dérivés de l'huile de palme et les autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses car elle conteste la validité des concepts de CIAS, de risque élevé de CIAS et de certification relative au risque faible de CIAS. Toutefois, elle a redéfini les objectifs de politique générale recherchés par l'UE d'une manière excessivement étroite et a cherché à intégrer une hiérarchie entre eux. Le régime de l'UE applicable aux biocarburants et les mesures spécifiques identifiées par la Malaisie recherchent simultanément plusieurs objectifs étroitement liés.

46. De même, la Malaisie allègue que le fondement scientifique des CIAS est insuffisant mais elle a limité ses arguments à des affirmations générales sans indiquer clairement ce qu'elle considèrerait comme étant le critère juridique pertinent au regard duquel ces preuves scientifiques devaient être évaluées. Les CIAS sont un phénomène réel. La méthode appliquée par l'Union européenne pour identifier les matières premières à risque élevé de CIAS est étayée par un ensemble de preuves scientifiques et d'autres renseignements fondés sur les données disponibles au moment de l'adoption des mesures. La Malaisie n'a pas montré que cela constituait un fondement insuffisant pour les choix réglementaires reflétés dans le régime de l'UE applicable aux biocarburants.
47. La Malaisie fait valoir qu'il ne peut pas être considéré que le concept de risque élevé de CIAS a été appliqué d'une manière impartiale au motif qu'il n'a pas été adapté en fonction des risques. Il apparaît aussi qu'elle soutient que le degré de contribution à un objectif est un facteur pertinent pour l'évaluation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Toutefois, lorsqu'un groupe spécial examine le "caractère arbitraire" ou l'"impartialité" dans le contexte d'une allégation au titre de l'article 2.1, il n'est pas invité à déterminer le degré de contribution qu'une mesure peut apporter à l'objectif qu'elle recherche. De fait, le degré de protection qu'un Membre cherche à accorder à ses objectifs légitimes de politique générale est une question qu'il lui appartient de décider.
48. L'Union européenne a appliqué une formule fondée sur un ensemble de preuves scientifiques qui a abouti à la classification de l'huile de palme comme présentant un risque élevé de CIAS en cas d'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone. À l'heure actuelle, il n'y a pas d'autres cultures qui sont identifiées comme présentant le même degré de risque lorsque cette formule leur est appliquée. Cela ne prouve pas l'existence d'une discrimination ou d'un caractère arbitraire.

2.4. Article 2.2 de l'Accord OTC

49. La Malaisie convient que l'UE a le droit d'agir pour réduire les émissions de GES, protéger l'environnement et lutter contre les changements climatiques et la perte de biodiversité, qui sont des préoccupations morales de la plus haute importance.
50. De fait, les objectifs recherchés par le régime de l'UE applicable aux biocarburants et les mesures en cause sont les suivants:
 - a. atténuer les changements climatiques en réduisant les émissions de GES et en décarbonant le secteur des transports;
 - b. garantir des normes élevées de protection de l'environnement, y compris la préservation de la biodiversité, et réduire au minimum les effets défavorables que pourrait avoir la politique de l'UE en matière d'énergies renouvelables, y compris la perte de biodiversité;
 - c. répondre aux préoccupations morales de l'UE liées à la protection de l'environnement et à la préservation de la biodiversité et, de manière plus générale, lutter contre les changements climatiques.
51. Ces objectifs sont étroitement liés car les phénomènes sous-jacents qui contribuent aux changements climatiques et à la destruction de la biodiversité, et qui heurtent la moralité de l'UE, se nourrissent mutuellement et ne peuvent pas être traités séparément.
52. L'UE ne souscrit pas à l'affirmation selon laquelle les objectifs des mesures peuvent être déterminés uniquement sur la base de références explicites contenues dans le texte législatif qui énonce les mesures. La présence ou l'absence d'une référence explicite à un objectif donné ne peut pas être déterminante. Un groupe spécial doit effectuer une évaluation objective et indépendante des objectifs recherchés par un Membre. À titre de rappel, dans l'affaire *Brésil – Taxation*, la mesure discriminatoire que le Brésil voulait justifier (le programme PATVD) ne contenait aucun lien explicite avec un objectif de moralité publique.
53. En tout état de cause, la Directive RED II et le cadre juridique dont elle fait partie contiennent les références textuelles à la nécessité de lutter contre les changements climatiques et la destruction de la biodiversité, et à la nécessité de répondre aux préoccupations morales

connexes de l'UE dans le contexte de sa politique visant à promouvoir l'utilisation des biocarburants. Comme les CIAS induits par la production de biocarburants peuvent accentuer ces phénomènes, les mesures de l'UE concernant les CIAS cherchent nécessairement à protéger les objectifs mentionnés.

54. L'UE ne souscrit pas non plus à l'affirmation selon laquelle une mesure peut uniquement rechercher un objectif (l'objectif fondamental), alors que tout le reste consiste en considérations accessoires qui ne devraient jouer aucun rôle dans l'évaluation d'un groupe spécial. Cette affirmation ne trouve aucun soutien dans le texte des accords visés et est tout simplement illogique et contraire au sens commun.
55. La Malaisie fait valoir que, selon l'UE, toute mesure adoptée par un Membre de l'OMC qui a une quelconque dimension relative à l'environnement ou à la durabilité pourrait être jugée nécessaire à la protection de la moralité publique. Mais ce n'est pas la position de l'UE. De fait, les objectifs recherchés par l'UE ne concernent pas "une quelconque" question relative à l'environnement ou à la durabilité. Ils répondent à des préoccupations communes de l'humanité. La dégradation du climat et la destruction de la biodiversité figurent parmi les défis les plus importants et les plus urgents auxquels l'humanité fait face au XXI^e siècle, et elles soulèvent des questions éthiques.
56. L'UE ne partage pas non plus l'avis selon lequel le véritable objectif des mesures en cause est en fait protectionniste. Les mesures en cause n'offrent pas de traitement plus favorable aux produits nationaux.
57. Au stade de la "conception" de la mesure, il s'agit de vérifier si la mesure est à même de contribuer à son ou ses objectifs, ou "non apte" à le faire. Ainsi, aux fins du stade de l'analyse relatif à l'"objectif légitime", l'UE estime qu'il suffit d'avoir démontré que la part maximale de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont chacun à même d'apporter une contribution à la réalisation des objectifs étroitement liés de ces mesures.
58. Les objectifs recherchés par l'UE font clairement partie de la liste ouverte et non exhaustive d'objectifs légitimes énumérés à l'article 2.2, qui mentionne expressément "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". La protection de la moralité publique est un objectif légitime au titre de l'article XX du GATT de 1994 et doit donc également être considérée légitime au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.
59. Comme il appartient à chaque Membre d'établir sa moralité publique (les croyances religieuses, par exemple), les groupes spéciaux antérieurs se sont concentrés sur la question de savoir si la mesure en cause était nécessaire et ne constituait pas une discrimination arbitraire au lieu de se demander si certaines préoccupations relevaient de la "moralité publique". De plus, la pertinence sur le plan éthique de la lutte contre les changements climatiques et de la protection de la biodiversité est reconnue par de nombreux pays et organisations internationales, par des dirigeants religieux et politiques, par des philosophes et par des penseurs dans le monde entier. En l'espèce, les préoccupations relatives à la moralité publique sont étroitement liées à la dégradation du climat et à l'effondrement de la biodiversité, ainsi qu'aux perceptions des citoyens et des autorités de l'UE en ce qui concerne ces préoccupations.
60. L'UE a démontré l'existence de la dégradation du climat et de l'effondrement de la biodiversité, et ces phénomènes ne sont pas remis en cause par la Malaisie. Elle a également établi que les citoyens et les autorités de l'UE considéraient que l'adoption de politiques visant à s'attaquer à ces phénomènes n'était pas seulement une question de protection de l'environnement, mais aussi une question morale ou éthique.
61. Enfin, de la même façon qu'à l'article XX du GATT de 1994, et contrairement à ce que prévoit l'Accord SPS, il n'y a pas de limitation de compétence à l'article 2.2 de l'Accord OTC.
62. La Malaisie n'a pas prouvé le caractère restrictif pour le commerce des mesures en cause au sens de l'article 2.2 et, en tout état de cause, n'a procédé à aucune appréciation du degré du caractère restrictif allégué. Elle avance les mêmes arguments pour démontrer le caractère

restrictif pour le commerce de toutes les mesures qu'elle conteste malgré le fait que chaque mesure fonctionne différemment. Par exemple, elle soutient qu'ayant contribué à établir le marché des biocarburants, l'UE a suspendu le cadre juridique imposant ainsi une restriction au commerce international. Toutefois, on ne sait pas très bien à quelle mesure la Malaisie fait référence.

63. Premièrement, même s'il est admis que les mesures ont pour effet de réglementer l'activité économique sur le marché des biocarburants, toute mesure qui réglemente une activité économique modifierait probablement les conditions de concurrence sur le marché pour tous les produits et producteurs concernés étant donné que les participants doivent s'adapter au règlement. On ne peut pas en conclure qu'il y a également une restriction au commerce international.
64. Deuxièmement, le but de la Directive RED II est de promouvoir davantage les énergies renouvelables d'une manière qui contribue à la réalisation de ses objectifs. Le degré auquel les carburants admissibles seront ou non "soutenus" est toutefois une question qui relève de la compétence de chaque État membre de l'UE.
65. Troisièmement, il n'y a aucune interdiction en ce qui concerne l'importation, l'accès au marché ou l'utilisation de tout biocarburant dans l'UE. Les mesures en cause déterminent uniquement la possibilité que différents biocarburants puissent contribuer à la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables, réduisant progressivement à zéro d'ici à 2030 la comptabilisation des biocarburants conventionnels produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale qui présentent un risque élevé de CIAS.
66. Quatrièmement, l'utilisation de l'huile de palme dans l'UE est inférieure à 4% de la production totale d'huile de palme. Les mesures de l'UE contestées par la Malaisie ne peuvent pas affecter notablement le commerce mondial de l'huile de palme et des biocarburants à base d'huile de palme ou mettre en faillite les producteurs de la Malaisie. Comme cela a été longuement expliqué, ces mesures visent à empêcher que la politique de l'UE en matière d'énergies renouvelables stimule la demande de cultures destinées à la production de biocarburants qui sont associées à un risque important de CIAS. Ces mesures ne sont pas conçues pour restreindre notablement le commerce mondial de l'huile de palme et des biocarburants à base d'huile de palme, qui ne dépend que très marginalement de la demande de l'UE. Par conséquent, comme la consommation d'huile de palme de l'UE est faible par rapport à la production et à la consommation mondiales d'huile de palme, il est clair que le degré de caractère restrictif pour le commerce de la mesure peut uniquement être limité car celle-ci ne peut affecter qu'une partie mineure du commerce mondial de ce produit. Le fait que les prix de l'huile de palme continuent d'augmenter indique clairement que les mesures de l'UE n'ont pas pour effet de restreindre sensiblement le commerce mondial de l'huile de palme.
67. Cinquièmement, la certification relative au faible risque de CIAS garantit que l'utilisation du biocarburant dérivé du palmier à huile peut contribuer aux objectifs en matière d'énergies renouvelables dans la même mesure que d'autres biocarburants conventionnels. Les arguments de la Malaisie selon lesquels la certification relative au faible risque de CIAS n'est ni possible ni réalisable sont réfutés par le fait qu'un certain nombre de systèmes de certification volontaires sont déjà en place et ont été reconnus par l'UE.
68. Sixièmement, si l'on suit la Malaisie, il faut signaler que la création par le biais de l'intervention des pouvoirs publics d'un marché des biocarburants est une modification du fonctionnement normal du marché qui a un effet restrictif sur le commerce des carburants et combustibles fossiles et un effet de renforcement du commerce des biocarburants. Le régime de l'UE applicable aux biocarburants promeut en réalité la pénétration des biocarburants conventionnels sur le marché de l'énergie de l'UE dans le secteur des transports, et la part de 7% fixe simplement les limites supérieures de cette promotion. Les règles de l'OMC n'exigent pas d'un Membre qu'il crée un cadre juridique pour la promotion des biocarburants conventionnels, ni ne fixent le niveau de soutien que les biocarburants conventionnels devraient recevoir.
69. Septièmement, dans la mesure où le Groupe spécial constate que la Malaisie a démontré que les mesures avaient une incidence sur le commerce parce qu'elles "décourageaient" l'utilisation

des biocarburants dérivés de l'huile de palme, l'UE estime que c'est uniquement dans la mesure nécessaire pour faire en sorte que les mesures contribuent en fait aux objectifs recherchés.

70. Huitièmement, l'UE rappelle qu'un groupe spécial peut examiner "les effets d'accroissement et de réduction des importations sur les échanges commerciaux d'autres Membres".
71. Enfin, en ce qui concerne la part maximale de 7%, la Malaisie n'a jamais contesté l'argument de l'UE selon lequel, en fixant une limite globale à l'admissibilité des biocarburants conventionnels (qui reflétait largement le niveau de la consommation de biocarburants conventionnels de l'UE lorsque cette limite a été introduite), la part maximale de 7% a des effets de distorsion des échanges très limités car elle tend à préserver le *statu quo* au moment de l'introduction de la mesure sans affecter les investissements dans la chaîne de production des biocarburants, quel que soit l'endroit où ils ont été réalisés.
72. De plus, s'agissant du plafond pour risque élevé de CIAS et de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, la Malaisie a souligné qu'en accordant aux un délai suffisant aux opérateurs économiques pour s'adapter aux nouvelles mesures, l'Union européenne a réduit au minimum le caractère restrictif pour le commerce (le cas échéant) de ces mesures.
73. La Malaisie soutient qu'il est impossible de quantifier précisément la contribution des objectifs légitimes parce que "les CIAS ne peuvent être ni observés ni mesurés". Premièrement, une évaluation quantitative n'est pas essentielle. Deuxièmement, les CAS peuvent être observés et estimés. Le fait que les estimations des émissions liées aux CIAS sont complexes et donnent des résultats variables est dû au caractère indirect et mondial des CIAS. Cela ne signifie pas que les émissions liées aux CIAS n'existent pas. L'analyse des CIAS a montré que l'augmentation de la demande de biocarburants entraînée par la politique des pouvoirs publics risquait fortement de compromettre l'intégrité de cette politique et que différentes cultures présentaient un risque différent du point de vue de l'augmentation des émissions liées aux CIAS et de l'incidence sur la biodiversité.
74. Dans le cadre de l'examen de la contribution des mesures aux objectifs, il convient de garder à l'esprit, premièrement, que les normes internationales pour l'évaluation de l'empreinte carbone des produits ne visent pas à remédier aux CIAS. Par conséquent, ces normes ne sont adaptées qu'en partie à la prise de décisions visant à atténuer correctement les changements climatiques.
75. Deuxièmement, l'augmentation de la demande de "biocarburants conventionnels" est associée à un risque de CAS, et la part maximale de 7% vise à "préparer le passage à des biocarburants avancés et [à] réduire au minimum l'impact global sur [les CIAS]".
76. Troisièmement, le marché de l'huile de palme est un marché international d'une nature telle que si l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone est ralentie dans un pays, le rythme s'accéléra certainement dans un autre endroit présentant des caractéristiques climatiques semblables. C'est la raison pour laquelle il est approprié d'adopter une approche globale tenant compte d'une moyenne mondiale, et non une approche par pays.
77. Quatrièmement, l'UE a choisi de se concentrer sur une période récente mais suffisamment longue pour observer l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone de différentes cultures destinées à la production de biocarburants.
78. Cinquièmement, la méthode de l'UE concernant les CIAS prend en compte les facteurs de productivité de différentes cultures destinées à la production de biocarburants ainsi que la valeur élevée de stockage du carbone du palmier à huile.
79. Sixièmement, pour déterminer en quoi consiste une expansion importante sur des terres présentant un important stock de carbone, le Rapport d'état se réfère à des études scientifiques et à d'autres données concrètes. Il s'ensuit que les mesures en cause sont clairement à même d'apporter une contribution à la réalisation des objectifs étroitement liés de l'UE, et certainement pas inaptes à le faire.

-
80. En raison de la nature des risques et du fait que les conséquences sont considérables et difficiles à prévoir avec certitude (car elles se rapportent à une situation d'urgence liée à la dégradation du climat et à la destruction de la biodiversité), et compte tenu de la question connexe de la moralité publique de l'UE, une analyse qualitative est plus appropriée qu'une analyse quantitative dans le présent différend. De plus, l'approche de la Malaisie consistant à évaluer la contribution aux objectifs pour chaque mesure prise isolément est injustifiée et artificielle. Ces mesures font partie d'un cadre juridique plus large (le régime de l'UE applicable aux biocarburants), qui fait à son tour partie d'un ensemble complet de mesures visant à faire face à la dégradation du climat, à l'effondrement de la biodiversité et à l'indignation publique connexe. Elles ne fonctionnent pas dans le monde réel séparément les unes des autres.
 81. Enfin, le régime de l'UE applicable aux biocarburants favorise les biocarburants lorsque ceux-ci parviennent à un certain niveau de réduction des émissions par rapport aux combustibles et carburants fossiles. Les biocarburants avancés sont préférés aux biocarburants conventionnels. Ces éléments sont tous conçus dans le but d'apporter une contribution importante aux objectifs étroitement liés qui sont recherchés.
 82. En ce qui concerne la nature des risques concernés et la gravité des conséquences de la non-réalisation, la Malaisie semble mettre l'accent sur l'objectif de réduction des émissions de GES et ne traite pas vraiment les autres objectifs étroitement liés, et en particulier la perte de biodiversité. Il convient de noter que, dans certains contextes, il pourrait être difficile en pratique de déterminer séparément la nature des risques et de quantifier la gravité des conséquences que la non-réalisation entraînerait. Dans ces circonstances, il peut être plus approprié de procéder à une analyse conjonctive à la fois de la nature des risques et de la gravité des conséquences liées à la non-réalisation.
 83. Comme cela a été longuement expliqué, les mesures en cause poursuivent des objectifs légitimes en tant qu'ensemble composite, et les changements climatiques, la perte de biodiversité et les préoccupations morales connexes sont considérés comme des valeurs qui ont une grande importance dans l'UE.
 84. L'UE note en outre que l'article 2.2 emploie une technique de photographie et dispose qu'un règlement technique devrait refléter (au moment de son adoption) les données scientifiques et techniques disponibles. L'article 2.3 prescrit que les règlements techniques ne soient pas maintenus si les circonstances qui ont conduit à leur adoption ont cessé d'exister. Les deux dispositions sont distinctes et, pour donner un sens à chacune, on ne devrait pas les fusionner. La Malaisie n'a formulé aucune allégation au titre de l'article 2.3, mais elle a aussi reconnu que la qualification de certaines matières premières comme présentant un risque élevé de CIAS pouvait évoluer au fil du temps. Cela est en contradiction avec sa critique constante selon laquelle les mesures en cause ne s'adaptent pas à l'évolution des circonstances. En fait, la Malaisie souhaite une adaptation qui réponde à ses besoins commerciaux, mais critique l'adaptation qui suit une méthodologie objective.
 85. La Malaisie a recensé d'abord cinq, puis six mesures de rechange possibles en ce qui concerne le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la part maximale de 7%. Ces mesures de rechange comportent des lacunes communes: elles partent toutes du principe erroné que la mesure en cause est une interdiction complète de l'huile de palme, et elles ne traitent pas l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone d'une manière qui serait équivalente à la méthode des CIAS.
 86. En effet, même si les critères de durabilité et la méthode des CIAS s'intéressent à l'expansion des cultures sur des terres présentant un important stock de carbone, cela ne signifie pas qu'ils font en quelque sorte double emploi parce qu'il y a de profondes différences dans la manière dont les critères de durabilité et la méthode des CIAS prennent en compte ce facteur. De fait, le considérant 81 de la Directive RED II indique également que les critères de durabilité des biocarburants "ne trait[ent] pas de la question des changements indirects dans l'affectation des sols".
 87. Selon les critères de durabilité, pour être admissible, une quantité donnée de biocarburant ne doit pas avoir été produite à partir de cultures sur des terres présentant un important stock de carbone. Ainsi, au lieu de concerner une expansion qui s'est produite sur des terres présentant

un stock de carbone, les critères de durabilité prescrivent qu'aucune quantité de biocarburant ne soit le résultat direct de cette expansion. D'autre part, les cultures destinées à la production de biocarburants peuvent avoir lieu sur un sol de culture qui était auparavant utilisé pour produire la même culture ou une autre culture destinée à l'alimentation humaine ou animale. Ces cultures satisferaient aux critères de durabilité.

88. Toutefois, lorsque cette production agricole destinée à l'alimentation humaine ou animale reste nécessaire, elle peut conduire à l'extension de l'agriculture vers des sols non destinés à la culture, y compris éventuellement des zones présentant un important stock de carbone, telles que les forêts, les zones humides et les tourbières. Ce processus est appelé changement indirect dans l'affectation des sols (CIAS). Comme cela peut entraîner la libération du CO₂ stocké dans les arbres et le sol, les CIAS risquent d'annuler les réductions de gaz à effet de serre qui résultent de l'utilisation accrue des biocarburants. Pour remédier au problème des CIAS, la Directive RED II introduit une nouvelle approche. Cette approche observe la superficie de l'expansion de chaque culture destinée à la production de biocarburant qui s'est effectivement produite, que ce soit pour satisfaire à la demande de produits destinés à l'alimentation humaine et animale ou de biocarburants.
89. En ce qui concerne la première mesure de rechange proposée par la Malaisie (un système de vérification de la légalité calqué sur le programme FLEGT de l'UE), il y a lieu de noter qu'une simple vérification de la légalité ne suffit pas. Le climat réagit aux émissions, et non à la légalité de la production. Une grande partie de la déforestation dans le monde est légale et régie par des choix politiques.
90. Éviter l'expansion sur des terres présentant un important stock de carbone est déjà une exigence en vertu des critères de durabilité. Par conséquent, la mesure de rechange proposée est en réalité une suggestion de supprimer complètement la mesure en cause. De plus, à cet égard, le bilan de la qualité qui a été effectué a révélé que certains APV conclus dans le cadre du programme FLEGT de l'UE ne sont pas aussi efficaces pour prévenir la destruction illégale des forêts (et ses effets connexes sur les changements climatiques, la perte de biodiversité et la moralité publique). Des explications complémentaires sont fournies dans l'analyse d'impact pour réduire au minimum le risque de déforestation et de dégradation des forêts lié aux produits mis sur le marché de l'UE.
91. La Malaisie ajoute une nouvelle mesure de rechange dans sa deuxième communication écrite: l'initiative "zéro déforestation" de l'UE. Toutefois, il y a des différences de portée et d'approche entre ce nouvel instrument proposé et les mesures en cause: le régime de l'UE applicable aux biocarburants stimule une demande de cultures destinées à la production de biocarburants qui n'existerait pas autrement et, dans ce contexte, les mesures en cause visent à limiter la demande de cultures destinées à la production de biocarburants qui présentent un risque élevé de CIAS. En revanche, la proposition "zéro déforestation" concerne une demande de certains produits qui existe indépendamment d'une politique particulière de l'UE.
92. La troisième mesure de rechange proposée par la Malaisie fait référence à une certification par les autorités publiques, comme le certificat de capture dans le cadre du programme de l'UEE relatif à la pêche INN.
93. Toutefois, le cadre relatif à la pêche INN offre une panoplie complexe d'instruments qui fonctionnent ensemble mais la Malaisie isole la partie de cette "panoplie" qui lui convient (les certificats de capture) et fait abstraction du reste.
94. La quatrième mesure de rechange alléguée est l'application d'une certification renforcée par des organisations non gouvernementales existantes, par exemple dans le cadre du système ISCC, de la RSPO et de la RSPO-RED L'UE note que ces systèmes concernent uniquement les CDAS.
95. Les prescriptions renforcées concernant la certification proposées par la Malaisie pour toutes les cultures (des centaines) ne prennent pas en compte les différents risques de CIAS de chaque matière première, et en particulier le degré de risque d'expansion de chaque culture sur des terres présentant un important stock de carbone. Il ne s'agit donc pas d'un équivalent aux mesures contestées. Cette mesure de rechange proposée n'est pas non plus disponible

parce qu'elle imposerait une charge administrative indue aux opérateurs économiques et aux autorités, non étayée par des données scientifiques justifiant de soumettre à un traitement identique tous les produits agricoles se trouvant dans une situation différente en ce qui concerne l'incidence sur les valeurs protégées.

96. Pour ce qui est de la cinquième mesure de rechange de la Malaisie, concernant des contingents en matière d'accès au marché qui plafonnent les importations de matières premières présentant un risque élevé de CIAS à certains niveaux, l'UE note que la Malaisie propose un système de restrictions quantitatives qui serait incompatible avec les règles de l'OMC au titre de l'article XI du GATT de 1994.
97. La sixième mesure de rechange de la Malaisie consiste en prescriptions spécifiques à l'importation appliquées lot par lot. Cette mesure de rechange repose sur des critères de durabilité et ne tente pas de tenir compte des émissions liées aux CIAS, et ne reflète donc pas la méthode relative aux CIAS.
98. Compte tenu des explications détaillées données par l'UE, il ne fait aucun doute que les solutions de rechange proposées par la Malaisie ne sont pas raisonnablement disponibles, ne sont pas moins restrictives pour le commerce et, en particulier, n'apportent pas une contribution équivalente aux objectifs étroitement liés recherchés par l'UE.
99. En conclusion, les allégations de la Malaisie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC devraient être rejetées parce que les mesures en cause poursuivent des objectifs légitimes et ne sont pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire.

2.5. Article 2.4 de l'Accord OTC

100. Les normes ISO évoquées par la Malaisie sont en partie pertinentes dans la présente affaire parce qu'elles se rapportent à l'estimation des émissions directes de gaz à effet de serre sur la base d'une analyse du cycle de vie. La Malaisie ne conteste pas cet aspect de l'affaire.
101. Par contre, les risques de CIAS et les émissions liées aux CIAS ne font pas partie intégrante des normes ISO mentionnées par la Malaisie, ni d'autres normes internationales. Les normes ISO reconnaissent uniquement l'existence des CIAS, mais elles ne recommandent actuellement aucune méthode spécifique pour comptabiliser ces émissions. Par conséquent, la Malaisie n'a pas démontré la pertinence de ces normes en ce qui concerne la comptabilisation de ces émissions liées aux CIAS, ni leur caractère approprié ou leur efficacité à cet égard. Il s'ensuit qu'elle n'a pas établi le bien-fondé de son argumentation au titre de l'article 2.4 de l'Accord OTC.

2.6. Article 2.5, 2.9 et 2.9.4 de l'Accord OTC

102. L'Union européenne n'était pas soumise aux prescriptions procédurales énoncées dans ces dispositions parce que les "mesures" identifiées par la Malaisie ne peuvent pas être qualifiées à bon droit de "règlements techniques" au sens de l'Annexe 1 de l'Accord OTC. En tout état de cause, l'Union européenne a dialogué avec la Malaisie à de nombreuses reprises et dans de nombreuses enceintes en ce qui concerne le régime de l'UE applicable aux biocarburants, y compris avant son adoption.

2.7. Article 2.8 de l'Accord OTC

103. Le concept de risque élevé de CIAS n'est pas dépourvu de la substance suffisante pour constituer la base de toutes distinctions introduites par les mesures. L'application de la formule montre que les différences entre l'huile de palme et d'autres cultures oléagineuses ne sont pas mineures ou marginales mais qu'elles sont importantes en ce qui concerne les risques qu'elles présentent.
104. La Malaisie ne montre pas que le concept de risque élevé de CIAS est "sans rapport" avec la performance environnementale des biocarburants. Si les normes ISO ne prévoient pas actuellement de méthode normalisée pour quantifier les émissions de CIAS, cela ne signifie pas que les CIAS n'ont aucun lien avec la performance environnementale. La Malaisie n'a pas non

plus 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 ces normes reconnaissent uniquement l'existence des CIAS mais ne recommandent actuellement aucune méthode spécifique pour comptabiliser ces émissions. Comme les normes ISO respectives sont dénuées de pertinence, inappropriées et inefficaces pour réaliser les objectifs légitimes recherchés par les mesures contestées, le postulat de la Malaisie concernant son allégation au titre de l'article 2.8 est sans fondement.

2.8. La certification relative au faible risque de CIAS n'est pas une procédure d'évaluation de la conformité au sens de l'Annexe 1.3 de l'Accord OTC

105. La Malaisie n'a pas démontré que la certification relative au faible risque de CIAS pouvait être qualifiée de "procédure d'évaluation de la conformité".
106. Premièrement, la Malaisie n'a pas identifié clairement le règlement technique pertinent dont elle soutient que cette mesure évalue la conformité.
107. Deuxièmement, dans sa deuxième communication écrite, elle a précisé que le règlement technique pertinent était l'"exemption de la mesure plafond et élimination progressive pour risque élevé de CIAS". Toutefois, elle n'a pas cherché à démontrer que cette "exemption" était un règlement technique au sens de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC.
108. Troisièmement, la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par la Malaisie ne fait pas référence à ce règlement technique et n'indique pas non plus qu'il constitue le fondement juridique de l'allégation selon laquelle la certification relative au faible risque de CIAS est une procédure d'évaluation de la conformité. Par conséquent, aucune des allégations de la Malaisie fondées sur cette hypothèse n'est soumise à bon droit au Groupe spécial. Les communications de l'Union européenne sur le fond des allégations sont sans préjudice de ce qui précède.

2.9. Allégations au titre de l'article 5.1.1 de l'Accord OTC

109. Pour déterminer si des fournisseurs sont dans une situation comparable, l'évaluation se fait entre les différents fournisseurs de produits "similaires" qui sont soumis à la procédure d'"évaluation de la conformité". La Malaisie amalgame le critère juridique et une question différente, à savoir celle de l'égalité d'accès au marché en tant que telle. Dans le cadre du régime de l'UE applicable aux biocarburants, l'"accès" aux procédures d'évaluation de la conformité est pertinent uniquement pour les producteurs de biocarburants produits à partir de matières premières présentant un risque élevé de CIAS.

2.10. Article 5.1.2 et 5.2.1 de l'Accord OTC

110. L'absence de règles de certification détaillées ne relève pas de l'article 5.1.2. La Malaisie n'a pas allégué que l'élaboration des règles de certification visait ou avait pour effet de créer une restriction non nécessaire au commerce international. En tout état de cause, l'absence de règles de certification détaillées n'empêche pas la certification relative au faible risque de CIAS et il y avait suffisamment de temps pour mettre en place des systèmes volontaires avant que la Directive RED II ne soit applicable. La critique de la Malaisie est plutôt dirigée contre les règles concernant la certification relative au faible risque de CIAS énoncées dans le Règlement délégué. Ces arguments ont été examinés ailleurs. En tout état de cause, l'Union européenne n'accepte pas le postulat selon lequel toute forme de vérification équivaut à un obstacle au commerce.
111. Deuxièmement, s'agissant de l'article 5.2.1, le membre de phrase "engagées et achevées" montre que cette disposition vise les procédures d'approbation postérieures à la réception d'une demande. L'allégation de la Malaisie n'entre pas dans le champ de cette disposition parce qu'elle se plaint uniquement de l'absence de règles de certification. De plus, la procédure de reconnaissance des systèmes volontaires par la Commission européenne ne relève pas du mandat du Groupe spécial ni, en tout état de cause, de la définition des procédures d'évaluation de la conformité.

2.11. Article 5.6.1, 5.6.2 et 5.6.4 de l'Accord OTC

112. L'Union européenne considère que, en tout état de cause, elle s'est conformée aux obligations procédurales énoncées dans ces dispositions par le biais d'un atelier d'experts, d'une période de retour d'information de quatre semaines et d'une réunion avec les parties prenantes.

2.12. Article 5.8 de l'Accord OTC

113. La Malaisie affirme à tort que l'Union européenne n'a pas publié dans les moindres délais ou rendue autrement accessible la procédure d'évaluation de la conformité en l'espèce. Le Règlement délégué a été publié le 21 mai 2019 et l'acte d'exécution a été publié le 27 juin 2022.

2.13. Article 12.1 et 12.3 de l'Accord OTC

114. L'expression "tiendront compte" qui figure à l'article 12.3 de l'Accord OTC signifie que les besoins spéciaux des pays en développement Membres sont examinés de manière active et constructive avant la prise d'une décision. L'article 12.3 n'impose pas une obligation de résultat ni ne prescrit la manière de tenir compte ou de documenter spécifiquement la manière dont il a été tenu compte. Cette obligation est respectée si le pays en développement a fait part de ses préoccupations et si le Membre qui adopte la mesure a examiné ces préoccupations, au niveau intérieur ou dans le cadre d'échanges ou de consultations avec le pays en développement.

115. De plus, la Malaisie n'a pas établi que la Directive RED II affecterait ses "besoins ... du développement, des finances et du commerce". En tout état de cause, l'UE a démontré qu'elle avait examiné de manière constructive et active les besoins pertinents de la Malaisie et ajusté certains aspects des mesures en cause.

3. ALLÉGATIONS DE LA MALAISIE AU TITRE DU GATT DE 1994**3.1. Article I:1 du GATT de 1994**

116. La Malaisie n'a pas établi qu'il y avait violation de l'article I:1 du GATT de 1994. En ce qui concerne la "similarité" des produits, l'UE fait référence à ses arguments ci-dessus. La Malaisie n'a pas non plus démontré que les mesures en cause "affect[aient]" les ventes de biocarburants sur le marché intérieur. Elle n'a pas non plus démontré que les mesures en cause "affect[aient]" les ventes d'huile de palme en tant qu'intrant pour les biocarburants sur le marché intérieur. Aucune limitation éventuelle de la demande d'huile de palme n'est le résultat d'un quelconque traitement imposé par les mesures contestées.

117. Les allégations de la Malaisie reposent sur les mêmes idées fausses concernant la conception et le fonctionnement des mesures que celles qui compromettent les allégations formulées au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Les mesures en cause ne font pas de distinction entre les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses en fonction de leur origine. Toutes les huiles de palme, qu'elles soient importées de Malaisie, d'un autre Membre ou produites dans l'Union européenne, peuvent, dans des conditions d'égalité, contribuer à la réalisation de l'objectif de l'Union européenne en matière d'énergies renouvelables. De plus, les mesures en cause n'ont pas pour effet de garantir qu'il y aura un quelconque "avantage". Les États membres formulent les obligations imposées à leurs transporteurs de carburant de manière à faire en sorte que l'objectif global en matière de transport soit atteint, mais ils sont libres de déterminer leur mélange de carburants respectif et n'ont aucune obligation d'encourager un quelconque biocarburant conventionnel.

118. L'article I:1 du GATT de 1994 n'exige pas que les Membres de l'OMC étendent un "avantage" qui est soumis à certaines conditions à tous les Membres dans les cas où leurs produits ne remplissent pas les conditions spécifiées. Comme les émissions globales de GES qui sont associées à la production de différents biocarburants sont différentes, il y a une base légitime permettant de conférer l'"avantage" allégué au seul sous-ensemble de produits "similaires" (quelle que soit l'origine de ces produits) qui remplissent les conditions prescrites du point de vue des émissions globales de GES.

3.2. Article III:4 du GATT de 1994

119. La Malaisie allègue que le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS accordent un traitement moins favorable au biocarburant dérivé du palmier à huile et à l'huile de palme importés que celui qu'ils accordent aux matières premières et aux biocarburants dérivés nationaux "similaires". Elle affirme, pour des motifs essentiellement identiques à ceux qu'elle a avancés en ce qui concerne ses allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, que l'Union européenne a accordé un traitement moins favorable à l'huile de palme.
120. L'article III:4 n'implique pas que, chaque fois qu'un avantage n'est pas conféré à un produit appartenant à un groupe de produits similaires importés, un groupe spécial peut conclure qu'il y a discrimination au sens de l'article III:4 du GATT de 1994.
121. La comparaison doit être effectuée au niveau du groupe de produits similaires. Toutefois, comme la Malaisie fonde son analyse du "traitement moins favorable" sur une analyse faussée et une définition partielle du groupe des "produits similaires", ses arguments ne permettent pas de démontrer que les mesures contestées ont une incidence asymétrique sur les produits importés par rapport aux produits nationaux, lorsque l'ensemble du groupe des produits est pris en considération.

3.3. Article XI du GATT de 1994

122. L'allégation de la Malaisie implique que toute mesure réglementaire intérieure qui est en contradiction avec l'article III du GATT de 1994 (parce qu'elle affecte de façon négative la possibilité de concurrence des produits importés) serait aussi automatiquement en contradiction avec l'article XI du GATT de 1994 (parce qu'elle réduirait la demande de produits importés sur le marché intérieur et aurait alors un effet de dissuasion sur les importations).
123. Toutefois, il découle du texte des articles XI et III, ainsi que de la jurisprudence, que seules les prohibitions ou restrictions à l'importation ou les mesures qui imposent une condition à l'importation capable de limiter la quantité des importations d'un produit relèvent de l'article XI. Par contre, en règle générale, les mesures réglementaires intérieures relèvent de l'article III. L'incidence préjudiciable sur les possibilités commerciales des produits importés qui résulte de l'application d'une réglementation intérieure ne peut pas être considéré comme une mesure relevant de l'article XI, sinon les articles III et XI coïncideraient dans une large mesure et l'une de ces deux dispositions serait inutile.
124. Le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS régissent, au sein du marché intérieur de l'UE, l'admissibilité des biocarburants présentant un risque élevé de CIAS aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables. Par conséquent, aucune incidence préjudiciable sur les possibilités commerciales des produits importés qui pourrait résulter de l'application de ces règlements intérieurs n'est une restriction à l'importation ou une mesure au moyen de laquelle une restriction à l'importation est instituée ou maintenue au sens de l'article XI du GATT de 1994.
125. Il s'ensuit que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive du plafond pour risque élevé de CIAS ne relèvent pas de l'article XI.
126. De même, la certification relative au faible risque de CIAS ne constitue pas une mesure qui relève de l'article XI du GATT de 1994 car il s'agit d'une mesure favorable aux producteurs de cultures présentant un risque élevé de CIAS.

3.4. Article X:3 a) du GATT de 1994

127. Les allégations de la Malaisie ne relèvent pas de l'article X:3 a). Les règles concernant les mesures relatives au plafond pour risque élevé de CIAS et à l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS portent sur le fond et ne concernent pas l'application de ces mesures ou la façon dont elles sont mises en œuvre. L'allégation de la Malaisie concerne les insuffisances

alléguées de ces mesures qui peuvent être examinées du point de vue de la conformité avec d'autres dispositions du GATT de 1994.

128. L'absence de règles de certification détaillées n'est pas incompatible avec l'article X:3 a) car cela ne démontre pas l'existence d'une "application déraisonnable" ou d'une mise en œuvre incompatible de la certification relative au faible risque de CIAS. Les critères énoncés dans le Règlement délégué à cette fin sont déjà suffisamment détaillés. De plus, la reconnaissance par la Commission de trois systèmes volontaires avant l'adoption des règles de certification détaillées montre qu'elles ne sont pas indispensables à la mise en place et au fonctionnement des systèmes volontaires.

3.5. Article XX du GATT de 1994

129. Les objectifs recherchés par l'UE sont étroitement liés. Les changements climatiques, la dégradation de l'environnement et la perte de biodiversité suscitent des préoccupations morales. On ne peut pas contester que les changements climatiques induisent une perte de biodiversité et qu'une perte de biodiversité entraîne des changements climatiques. De plus, la biodiversité a une grande valeur médicale et présente un intérêt direct pour l'humanité également de ce point de vue. Le critère juridique énoncé à l'article XX est facilement conciliable avec l'approche fondée sur des objectifs étroitement liés adoptée par l'UE.

130. Non seulement les alinéas b) et g) de l'article XX protègent des valeurs semblables, mais les critères "nécessaire" et "se rapportant à" sont en pratique très semblables selon la jurisprudence pertinente. En outre, l'analyse au titre du texte introductif peut aussi être un outil pour aborder ces deux critères juridiques.

131. Dans la présente affaire, l'UE a démontré l'existence d'une relation étroite et véritable pour ce qui était de la fin et des moyens entre les mesures en cause et la protection de la moralité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, la préservation des végétaux et la conservation des ressources naturelles épuisables. En d'autres termes, les mesures en cause sont "nécessaires" au sens des alinéas a) et b) de l'article XX et "se rapportent à" comme le prescrit l'alinéa g) dudit article.

132. En outre, l'UE considère que le libellé et le but du texte introductif exigent un examen des nombreux objectifs des mesures en cause. Ces mesures font partie d'un ensemble complet de politiques visant à s'attaquer à la dégradation du climat, à protéger l'environnement et à lutter contre l'effondrement de la biodiversité, ainsi qu'à protéger la moralité publique dans l'UE.

133. Les changements climatiques présentent plusieurs caractéristiques pertinentes. En particulier, ses effets ne sont pas circonscrits à des frontières ou des régions précises, et il n'y a pas de lien direct entre la source des émissions de GES et les effets des changements climatiques: des effets dévastateurs peuvent se produire dans des endroits où les émissions de GES sont faibles.

134. La biodiversité connaît un effondrement sans précédent dans l'histoire de l'humanité. Des espèces n'ont pas le temps de s'adapter aux changements qui se produisent en une fraction de seconde du point de vue de l'évolution. Selon un rapport scientifique publié en 2019, 1 million d'espèces sont menacées d'extinction sur notre planète et des études de la biomasse réalisées en 2018 montrent que 96% de tous les mammifères sur Terre sont les êtres humains et les mammifères domestiques, par rapport à seulement 4% de mammifères sauvages.

135. Il est important de noter qu'il existe un lien direct entre la perte de biodiversité et les changements climatiques, ce que reconnaissent de plus en plus les dirigeants politiques. Il est clair qu'une biodiversité riche atténue dans une très large mesure les changements climatiques. La dégradation du climat et l'effondrement de la biodiversité nous affectent et nous concernent tous. Le fait que les changements climatiques, la dégradation de l'environnement et la perte de biodiversité constituent une préoccupation morale transcende les frontières, les professions, l'âge, la richesse et l'orientation politique.

136. Par conséquent, l'UE 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. L'UE ne demande pas de faire un bond "révolutionnaire" dans la jurisprudence, mais d'appliquer la jurisprudence existante aux nouvelles réalités.

137. Les objectifs des mesures s'inscrivent dans le cadre des valeurs reconnues comme des objectifs légitimes par l'article XX a), b) et g) du GATT de 1994. Les mesures respectent le niveau requis du lien entre elles et les objectifs poursuivis, et sont appliquées d'une manière non discriminatoire entre les pays où les mêmes conditions existent, comme le prescrit le texte introductif de l'article XX.
138. Il n'y a pas de limitation territoriale explicite ou implicite à l'article XX ou à l'article 2.2 de l'Accord OTC. En outre, le Groupe spécial n'a pas besoin d'examiner la question de savoir s'il existe ou non des limitations de juridiction implicites à l'article XX afin d'assurer un règlement positif du présent différend, étant donné que les changements climatiques et la biodiversité ont un caractère mondial et que, par conséquent, le lien requis avec le territoire de l'UE existe. Ces éléments sont reconnus sur le plan international, y compris par la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) et la Convention sur la diversité biologique. De plus, la Directive de la CDI sur la protection de l'atmosphère exprime l'obligation qui incombe aux États de "protéger l'atmosphère".
139. En tout état de cause, le texte même de l'article XX appuie la position de l'Union européenne. Par exemple, l'article XX a) peut être invoqué pour la protection de la moralité publique dans le Membre de l'OMC concerné dans le contexte de circonstances observées en dehors de son territoire. Si tel n'était pas le cas, les Membres ne pourraient pas limiter ou empêcher l'importation de marchandises produites d'une manière qui porte atteinte à leur moralité publique (par exemple, par le recours au travail forcé ou d'une manière qui ne respecte pas leurs croyances religieuses) pour la seule raison que les circonstances ayant entraîné une atteinte à leur moralité publique ne se produisent pas à l'intérieur de leurs frontières. Il en va de même pour l'article 2.2 de l'Accord OTC.
140. De plus, l'article XX g) du GATT de 1994 vise explicitement à assurer une protection contre les risques qui surgissent également en dehors des frontières d'un Membre. En effet, une mesure devant être justifiée au regard de cet article doit être accompagnée d'une restriction à la production ou à la consommation nationale impartiale qui contribue au même objectif (c'est-à-dire une restriction qui s'applique à l'intérieur des frontières du Membre qui adopte la mesure). Par conséquent, la mesure doit nécessairement viser le même objectif de conservation des ressources naturelles vivantes et non vivantes en dehors du territoire du Membre.
141. Deuxièmement, les rédacteurs des Accords ont prévu une limitation territoriale expresse lorsqu'ils ont jugé nécessaire de le faire, comme dans l'Accord SPS.
142. Troisièmement, cette interprétation est confirmée par l'objet et le but de la disposition en cause. En appliquant le principe d'efficacité, la seule conclusion qui peut être établie est qu'une protection efficace des valeurs autres que d'ordre commercial visées à l'article XX ou à l'article 2.2 ne peut pas être conciliée avec une limitation territoriale.
143. Quatrièmement, la Malaisie fait brièvement référence à une constatation du Groupe spécial *CE – Préférences tarifaires* qui n'a pas fait l'objet d'un examen en appel. De plus, ce groupe spécial était saisi d'un contexte factuel différent. En revanche, déjà à l'époque du GATT, le Groupe spécial *États-Unis – Thon (CEE)* "[avait] estimé qu'il n'y avait aucun argument valable permettant de conclure que les dispositions de l'article XX g) ne s'appliquaient qu'aux politiques se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables situées sur le territoire [du Membre qui réglementait]".
144. Cinquièmement, l'UE ne régleme pas ce qui se passe en Malaisie. Tout ce qu'elle fait, d'une manière qui est parfaitement conforme au droit de l'OMC, c'est d'imposer certaines conditions pour que les produits en cause soient considérés comme pouvant être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables lorsqu'ils sont utilisés sur le marché de l'UE. De fait, l'objet même des mesures prises pour protéger les valeurs

inscrites dans les exceptions générales énoncées à l'article XX du GATT de 1994 (ou dans l'exercice de mise en balance prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC) est d'inciter au respect de certaines politiques légitimes, comme l'Organe d'appel l'a confirmé.

145. Sixièmement, en raison du caractère mondial des CIAS, les risques liés aux changements climatiques et à la destruction de la biodiversité ne surviennent pas nécessairement en dehors des frontières de l'UE, mais peuvent très bien se produire aussi dans l'UE. Par conséquent, la part maximale de 7% et les critères d'évaluation des biocarburants présentant un risque élevé de CIAS s'appliquent à toutes les cultures destinées à la production de biocarburants conventionnels.
146. Enfin, comme la moralité publique est celle de l'UE, cet aspect ne devrait pas être controversé. Le fait que les préoccupations relatives à la moralité publique dans l'UE sont partagées par diverses cultures, religions et professions, et ce dans tous les groupes d'âge, ne fait que renforcer notre point de vue. Par conséquent, l'effet des changements climatiques et de la destruction de la biodiversité peut se faire sentir dans d'autres endroits que ceux où les émissions de GES se produisent ou ceux où la biodiversité est affectée. De même, l'endroit où les émissions de GES se produisent ou celui où la biodiversité est affectée ne change rien pour la moralité publique de l'UE. Si des habitats vierges sont détruits et si des espèces sauvages sont éliminées en Malaisie, dans l'UE ou ailleurs, cela a encore une incidence sur la moralité publique de l'UE.
147. L'UE a démontré que les mesures en cause étaient à même de contribuer aux objectifs déclarés et certainement capables de le faire. L'UE a déjà expliqué que les objectifs recherchés par les mesures contestées par la Malaisie étaient identiques à ceux qui étaient recherchés de manière plus générale par le cadre réglementaires de l'UE tout entier, qui encourageait l'utilisation d'énergie produite à partir de sources renouvelables, y compris dans le cadre du régime de l'UE applicable aux biocarburants.
148. La Malaisie a indiqué que certains aspects du régime de l'UE applicable aux biocarburants étaient les mesures en cause. Toutefois, les diverses mesures de l'UE que la Malaisie conteste n'existent pas dans le vide. Elles s'inscrivent dans un cadre juridique complexe qui s'intéresse à des réalités étroitement liées et elles fonctionnent de manière conjointe pour poursuivre les objectifs que sont l'atténuation des changements climatiques et de la perte de biodiversité ainsi que la réponse aux préoccupations morales correspondantes de l'UE.
149. Les objectifs recherchés sont très importants et les mesures en cause apportent une véritable contribution à ces objectifs. Dans la mesure où le Groupe spécial constate que la Malaisie a démontré que les mesures avaient une incidence sur le commerce parce que l'utilisation des biocarburants dérivés de l'huile de palme était "découragée", cette incidence ne s'exerce que dans la mesure nécessaire pour faire en sorte que les mesures contribuent aux objectifs visés.
150. Les mesures en cause n'interdisent pas l'utilisation de certains biocarburants dans le secteur des transports. Les règles correspondantes se limitent à plafonner la quantité considérée comme pouvant contribuer à la réalisation des objectifs en matière d'énergies renouvelables et à rendre progressivement nul d'ici à 2030 le compte des biocarburants conventionnels produits à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale qui présentent un risque élevé de CIAS. Ces règles sont complétées par les critères de certification relative au faible risque de CIAS. Par conséquent, l'incidence des mesures en cause sur le commerce est limitée.
151. Pour offrir une solution de rechange moins restrictive pour le commerce qui soit appropriée, le plaignant doit proposer une solution qui permettrait d'atteindre le même niveau de protection que celui des trois objectifs étroitement liés en même temps. Mais comme l'indique l'analyse des solutions de rechange proposées dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la Malaisie n'a proposé aucune solution de rechange moins restrictive pour le commerce appropriée dans le contexte de l'article XX.
152. Les mesures en cause sont impartiales, ainsi que le prescrit l'article XX g). La part maximale de 7% ainsi que la méthode de détermination des cultures présentant un risque élevé de CIAS

s'appliquent à toutes les cultures destinées à l'alimentation humaine et animale nationales et importées, quelle que soit leur origine.

153. Enfin, les mesures en cause sont appliquées d'une manière non discriminatoire. L'UE a déployé des efforts considérables sur une longue période dans diverses instances internationales afin de trouver un terrain d'entente pour remédier à l'urgence des crises du climat et de la biodiversité, et elle continuera de le faire. Toutefois, comme les instruments internationaux expriment habituellement le plus petit dénominateur commun, l'UE doit s'attaquer à ces phénomènes urgents car il n'y a pas de planète B.
154. Aux fins de l'analyse au titre du texte introductif, compte tenu du caractère mondial des CIAS et du marché des cultures destinées à la production de biocarburants, la "condition pertinente" est le risque que des CIAS soient induits par la production d'une matière première donnée. Cela tient au fait que différentes matières premières ont une incidence différente sur l'environnement. La différence de traitement au titre des mesures en cause se situe entre les différentes matières premières cultivées, indépendamment des pays où celles-ci sont produites. Il est donc nécessaire d'adopter une approche qui examine la situation globale à l'échelle mondiale pour chaque matière première, au lieu d'une approche qui établit une discrimination entre les pays, parce que le risque de CIAS liés à la production d'une matière première donnée est le même quel que soit le pays qui produit cette matière première.
155. En conclusion, l'approche de l'UE i) est solidement ancrée dans le texte juridique même de l'article XX a), b) et g), et ii) fait partie intégrante de la nature et du fonctionnement des objectifs composites recherchés par la mesure en cause. Par conséquent, les mesures en cause sont justifiées au regard de l'article XX a), b) et g) du GATT de 1994 et de son texte introductif.

4. MESURE FRANÇAISE

4.1. Contexte factuel

156. La TIRIB (c'est-à-dire la taxe incitative relative à l'incorporation de biocarburants) est une taxe comportementale conçue pour modifier le comportement des opérateurs économiques afin qu'ils incorporent des énergies renouvelables dans les carburants qu'ils mettent à la consommation, pour ainsi contribuer à la réalisation de l'objectif de la France en matière de changements climatiques et d'environnement. Par conséquent, la TIRIB est conçue pour frapper d'une taxe uniquement les carburants qui contiennent une proportion d'énergie renouvelable inférieure aux objectifs d'incorporation fixés par la loi.
157. La TIRIB s'articule autour d'une imposition fiscale et d'une réduction/exonération qui s'applique proportionnellement à l'énergie renouvelable incorporée, jusqu'à concurrence de l'objectif fixé par le législateur français. Les biocarburants à base d'huile de palme ne sont pas considérés comme de l'"énergie renouvelable" aux fins de la TIRIB. La TIRIB et la réduction au titre de la TIRIB sont indissociablement liées. Il n'y aurait aucune raison que l'une existe sans l'autre.
158. Le législateur ne poursuit pas un objectif budgétaire au moyen de la TIRIB et, de fait, depuis la mise en place de cette taxe, les recettes générées ont été négligeables.

4.2. Allégations de la Malaisie au titre du GATT concernant la TIRIB

159. La Malaisie conteste la TIRIB au titre à la fois de l'article III:2, première et deuxième phrases, et de l'article I:1 du GATT de 1994. Dans un premier temps, l'UE croyait comprendre que la Malaisie faisait valoir que la TIRIB établissait une discrimination entre les biocarburants et leurs matières premières importés et nationaux (ou en provenance d'un autre Membre de l'OMC) "similaires" ou "directement concurrents ou directement substituables", mais la Malaisie a précisé dans sa deuxième communication écrite que la discrimination dont elle se plaignait était entre l'essence et les carburants diesel nationaux (ou en provenance d'un autre membre de l'OMC) qui contenaient des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses (autres que les biocarburants à base d'huile de palme) et l'essence ou les carburants diesel importés qui contenaient des biocarburants dérivés du palmier à huile. Ce sont là les produits que la Malaisie considère comme étant "similaires" ou "directement concurrents ou directement substituables"

et dont le traitement devrait être comparé aux fins des allégations de la Malaisie au titre du GATT concernant la TIRIB.

160. Toutefois, la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie ne mentionne aucune allégation fondée sur l'article I^{er} ou III du GATT de 1994 en ce qui concerne la TIRIB sur la base d'une discrimination alléguée entre ces produits "similaires" ou "directement concurrents ou directement substituables". Par conséquent, l'allégation de la Malaisie au titre du GATT concernant la TIRIB n'a pas été présentée à bon droit au Groupe spécial.
161. De plus, la Malaisie n'a pas démontré que l'essence et les carburants diesel qui contenaient des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses (autres que les biocarburants à base d'huile de palme) et l'essence et les carburants diesel qui contenaient des biocarburants dérivés du palmier à huile étaient des produits similaires ni que les premiers sont nationaux/ou originaires d'un pays autre que la Malaisie, tandis que les seconds sont importés/ou originaires de la Malaisie. Elle n'a pas fait valoir (et encore moins démontré) qu'elle produisait de l'essence et des carburants diesel qui contenaient du biocarburant dérivé du palmier à huile ni qu'elle exportait vers la France de l'essence et des carburants diesel qui contenaient des biocarburants dérivés du palmier à huile. En conséquence, elle n'a pas démontré qu'elle pouvait faire l'objet d'une discrimination *de facto* établie par une mesure neutre quant à l'origine dont il était allégué qu'elle affecterait l'essence et les carburants diesel contenant du biocarburant dérivé du palmier à huile. En résumé, la Malaisie n'a pas établi *prima facie* qu'il était satisfait aux prescriptions relatives à l'application des articles I:1 et III:2 du GATT de 1994.
162. Compte tenu de ce qui précède, l'UE demande au Groupe spécial de rejeter les allégations de la Malaisie concernant la TIRIB fondées sur les articles I:1 et III:2 du GATT de 1994. Si le Groupe spécial devait constater que l'une quelconque des allégations au titre du GATT concernant la TIRIB est fondée (*quod non*), l'Union européenne considère que l'exclusion du champ de la réduction de la TIRIB du biocarburant dérivé de l'huile de palme est justifiée sur la base de l'article XX du GATT de 1994. Les arguments développés par l'UE au titre de l'article XX du GATT de 1994 en ce qui concerne les mesures de l'UE contestées par la Malaisie s'appliquent *mutatis mutandis* à la TIRIB.

4.3. Allégations de la Malaisie au titre de l'Accord SMC

163. La Malaisie fait valoir que la mesure française constitue i) une contribution financière ou ii) un soutien des revenus ou des prix des pouvoirs publics ou d'un organisme public, qui iii) confère un avantage, et iv) qu'il s'agit d'une subvention spécifique.
164. En ce qui concerne le point i), la Malaisie soutient que la Taxe générale sur les activités polluantes est le point de référence normatif et que la réduction de la TIRIB est l'exception. Elle allègue que l'exclusion du champ de la réduction de la TIRIB de l'essence et des carburants diesel dans la mesure où ils contiennent des biocarburants dérivés de l'huile de palme est le traitement fiscal qui devrait plutôt s'appliquer au revenu des bénéficiaires allégués de la subvention.
165. La Malaisie applique un "critère de règle/d'exception" automatique et formaliste sans tenir compte de la conception, de la structure et du principe d'organisation de la TIRIB. En tout état de cause, s'il fallait identifier une "règle générale" qui reflète la "situation courante" ou "normale" dans le cadre du régime de la TIRIB, il s'agirait d'une situation dans laquelle les opérateurs économiques incorporent une quantité suffisante de biocarburants "renouvelables" afin de ne pas être tenus de payer la TIRIB. L'exception est donc la mise à la consommation sur le marché français de carburants ne contenant pas de biocarburants "renouvelables", ce qui déclenche le paiement de la taxe. Il s'ensuit que le point de référence normatif de la Malaisie est incorrect, car l'exclusion du champ de la réduction de la TIRIB n'est pas le point de référence normatif de la taxe, ni la règle générale de taxation, ni même le scénario courant résultant des principes d'organisation de la TIRIB.
166. Les opérateurs économiques qui incorporent du biocarburant dérivé de l'huile de palme ne sont pas dans une situation comparable à celle des opérateurs économiques qui incorporent des biocarburants autres que le biocarburant dérivé de l'huile de palme, car ce dernier ne contribue en aucune façon aux objectifs d'intérêt public recherchés par la TIRIB. Les revenus respectifs

de ces opérateurs ne sont donc pas comparables non plus. En revanche, tous les contribuables qui incorporent de l'énergie renouvelable ainsi que leurs revenus sont traités de la même manière, étant donné qu'ils ne seront pas tenus de payer la TIRIB.

167. Par conséquent, comme le traitement fiscal contesté constitue le point de référence normatif (c'est-à-dire le traitement fiscal appliqué à tous les revenus comparables des contribuables qui se trouvent dans une situation comparable ainsi que la règle générale d'imposition dans le cadre de la TIRIB), les pouvoirs publics n'abandonnent pas des recettes qui sont normalement exigibles.
168. En ce qui concerne le point ii), un Membre qui veut démontrer qu'une mesure est une forme de soutien des revenus ou des prix qui relève de l'article premier de l'Accord SMC doit nécessairement se référer à l'article XVI du GATT de 1994 pour faire valoir son argumentation. Toutefois, cette référence est absente de la demande d'établissement d'un groupe spécial de la Malaisie. L'allégation de la Malaisie selon laquelle la réduction de la TIRIB est un soutien des revenus ou des prix n'est donc pas présentée à bon droit au Groupe spécial.
169. En tout état de cause, la mesure ne fait rien pour maintenir "la valeur des prix ou les revenus obtenus par une branche de production/une ou des entreprise(s)" et notamment par les producteurs nationaux, comme le fait valoir la Malaisie. De fait, il n'y a pas de branche de production qui incorpore uniquement des biocarburants autres que l'huile de palme car tous les opérateurs économiques concernés mélangent différents types de biocarburants pour satisfaire à la norme nationale en matière de carburants. Deuxièmement, la TIRIB ne réduit pas les coûts de production des biocarburants ou les coûts d'acquisition des biocarburants, qui doivent encore être supportés intégralement par les opérateurs économiques. La mesure encourage simplement l'incorporation et la mise à la consommation de différentes sources d'énergies renouvelables, quelle que soit leur origine.
170. En tout état de cause, la réduction de la TIRIB ne peut pas être qualifiée de "politique de soutien des revenus qui soustrait ces opérateurs économiques des coûts réels auxquels ils devraient faire face en l'absence de la mesure en cause". Sans la réduction de la TIRIB, il n'y aurait pas du tout de TIRIB car l'ensemble du régime de la TIRIB ne servirait à rien. Ainsi, les "coûts réels" auxquels les opérateurs devraient faire face en l'absence de la mesure seraient l'absence totale de TIRIB. Par conséquent, l'exonération de la TIRIB ne constitue pas un mécanisme visant à soutenir les revenus des producteurs nationaux.
171. Les arguments de la Malaisie concernant l'existence d'un avantage sont simplement le corollaire d'une constatation du Groupe spécial établissant que la réduction de la TIRIB est une contribution financière prenant la forme d'un soutien des revenus. Étant donné que cette dernière série d'arguments n'est pas bien fondée, le Groupe spécial devrait conclure que la Malaisie n'a pas démontré que la réduction de la TIRIB conférait un avantage.
172. En tout état de cause, la Malaisie n'a pas démontré que la TIRIB était une subvention spécifique comme le prescrit l'article 2 de l'Accord SMC. Bien que l'approche de la spécificité *de jure* 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, la Malaisie elle-même rejette cette hypothèse et explique qu'en réalité il n'y a pas de groupe d'entreprises de ce type.
173. La Malaisie admet que toutes les entreprises auxquelles la TIRIB s'applique (les opérateurs économiques mettant à la consommation des carburants destinés à la consommation sur le marché français) peuvent bénéficier de l'exonération de la TIRIB (y ont accès) parce qu'ils incorporent tous un type quelconque de biocarburant. Par conséquent, l'exonération de la TIRIB ne pourrait pas avoir un champ plus large en ce qui concerne les entreprises qui y ont accès, car aucun opérateur redevable de la TIRIB n'est dans l'impossibilité de bénéficier de l'exonération de cette taxe. De plus, la Malaisie n'a fait aucun effort pour évaluer si les critères qui déterminaient le droit de bénéficier de la subvention et le montant de celle-ci étaient conformes à l'article 2.1 b) de l'Accord SMC.
174. Enfin, la Malaisie n'a pas démontré que la réduction de la TIRIB lui avait causé un préjudice grave au titre de l'article 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord SMC. Premièrement, la Malaisie a tenu compte de données relatives à une définition partielle et incorrecte des "produits similaires"

dans son évaluation de la question de savoir si la réduction de la TIRIB avait pour effet de détourner les importations des "produits similaires" en provenance de Malaisie ou de faire perdre des ventes du "produit similaire" en provenance de Malaisie. Deuxièmement, elle allègue que les "pertes de ventes" se produisent sur le marché de l'UE, alors que le seul marché où la TIRIB s'applique est le marché français: par conséquent, l'incidence potentielle de la réduction de la TIRIB sur les ventes globales de biocarburant dérivé de l'huile de palme et de matières premières malaisiennes sur l'ensemble du marché de l'UE reste à démontrer. Troisièmement, elle ne montre pas qu'il y a eu la moindre perte notable de vente. Quatrièmement, elle n'a pas fourni d'éléments de preuve suffisants pour démontrer l'existence d'un quelconque effet de détournement. Enfin, elle n'a pas démontré qu'il y avait un rapport réel et substantiel de cause à effet entre la réduction de la TIRIB et le détournement et les pertes de ventes allégués.

5. MESURES DE LA LITUANIE

175. Les allégations de la Malaisie concernant les mesures de la Lituanie ne relèvent pas du mandat du Groupe spécial. Premièrement, la Malaisie n'identifie pas les dispositions lituaniennes mettant en œuvre les parties pertinentes des mesures de l'UE qu'elle conteste, pas plus qu'elle n'indique clairement quelles dispositions de l'ordre juridique de la Lituanie sont incompatibles, d'après les allégations, avec quelle obligation contractée dans le cadre de l'OMC.
176. En tout état de cause, la Malaisie n'a pas fourni d'éléments *prima facie* concernant la ou les mesure(s) lituanienne(s) parce qu'elle n'a pas dûment présenté au Groupe spécial les éléments de preuve dont il est allégué qu'ils contiennent la ou les mesure(s) qu'elle souhaite contester (en violation de la règle 5 1) et de la règle 6 1) des procédures de travail du Groupe spécial) et qu'elle n'a donc pas démontré en quoi consiste cette ou ces mesure(s), de sorte qu'il était impossible pour l'UE de défendre cette ou ces mesure(s) et pour le Groupe spécial de formuler la moindre constatation à cet égard. Compte tenu de ce qui précède, les allégations de la Malaisie devraient être rejetées dans leur totalité par le Groupe spécial.
-

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

ANNEXE C-1**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE L'AUSTRALIE***

1. L'Australie se félicite d'avoir la possibilité d'exposer ses vues sur les questions de droit soulevées dans la présente procédure, qui concernent les obligations des Membres de l'OMC au titre de l'Accord OTC¹ et du GATT de 1994.²
2. Pour commencer, l'Australie tient à souligner qu'elle reconnaît le droit des Membres de l'OMC de prendre les mesures nécessaires pour protéger des objectifs de politique générale publique légitimes comme la protection de l'environnement. Toutefois, elle est fermement convaincue que les Membres de l'OMC ne devraient pas, sous le couvert de la protection de l'environnement, mettre en œuvre des mesures protectionnistes commerciales.
3. Les règles de l'OMC reconnaissent le droit d'un Membre de réglementer pour répondre à des objectifs de politique générale publique légitimes. Ces règles, exprimées dans les Accords de l'OMC et interprétées dans de nombreux différends soumis à l'Organisation, donnent au présent Groupe spécial d'amples indications pour déterminer si les mesures en cause dans la présente affaire satisfont à ces critères. Dans la présente déclaration, l'Australie ne formule aucune observation sur les points de fait soulevés dans le présent différend, ni sur le bien-fondé de l'argumentation de l'une ou l'autre des parties, mais elle donne son avis sur les critères juridiques auxquels il doit être satisfait.
4. À cette fin, la présente déclaration portera, dans un premier temps, sur le critère juridique correct permettant de déterminer le "caractère restrictif pour le commerce", la "contribution" et les "solutions de rechange moins restrictives pour le commerce" au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC; et, dans un deuxième temps, sur le sens des expressions "nécessaires" et "se rapportant à" dans certains alinéas de l'article XX du GATT de 1994.
5. L'Australie rappelle qu'elle a précédemment communiqué des observations analogues aux membres du présent Groupe spécial dans la communication présentée sur l'affaire DS593³, et ses vues demeurent inchangées. Elle remercie le Groupe spécial pour les questions anticipées qu'il a adressées aux tierces parties au présent différend, et elle fournira des réponses écrites en temps utile.

Caractère restrictif pour le commerce du règlement technique

6. Premièrement, l'Australie présente quelques observations sur la détermination du "caractère restrictif pour le commerce" d'un règlement technique.
7. Selon l'Australie, pour déterminer l'étendue du "caractère restrictif pour le commerce", le Groupe spécial devrait être guidé par ce que l'Organe d'appel a dit dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac*. Cela signifie qu'il devrait examiner la structure, la conception et le fonctionnement de la mesure, ainsi que prendre en compte tous les éléments de preuve pertinents présentés par les parties.⁴
8. Dans sa première communication écrite, l'UE a soutenu que l'incidence des mesures en cause sur le commerce n'était "pas très importante" parce que celles-ci n'empêchaient pas l'accès aux marchés.⁵ L'Australie ne souscrit pas à cette affirmation. L'empêchement de l'accès aux marchés n'est pas le critère juridique approprié permettant de déterminer le degré de "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2.

* L'Australie a demandé que sa déclaration orale serve de résumé analytique.

¹ Accord sur les obstacles techniques au commerce.

² Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994.

³ UE – Huile de palme (Indonésie).

⁴ Rapports de l'Organe d'appel *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphes 6.392 et 6.393.

⁵ Voir, par exemple, Union européenne, première communication écrite, paragraphe 842.

9. Il est bien établi que l'article 2.2 de l'Accord OTC reconnaît que le caractère restrictif pour le commerce est admissible. Ce qui est effectivement prohibé, ce sont ces restrictions au commerce international qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour accomplir le degré de contribution qu'un règlement technique apporte à un objectif légitime.
10. Pour déterminer le degré de "caractère restrictif pour le commerce", un groupe spécial ne devrait pas limiter son examen à un sous-ensemble des éléments de preuve, comme l'accès aux marchés. En revanche, des arguments et éléments de preuve qualitatifs ou quantitatifs *démontrant l'empêchement complet de l'accès aux marchés* pourraient être probants dans la mesure où ces éléments démontrent le degré de l'effet limitatif que les mesures ont sur le commerce. La question pertinente est de savoir si le caractère restrictif pour le commerce va au-delà de ce qui est exigé en vue d'un objectif légitime, et non s'il y a un accès aux marchés.
11. Deuxièmement, l'Australie rappelle que, outre des allégations au titre de l'article 2.2, le présent différend porte sur des allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Selon elle, une constatation de l'existence d'un traitement moins favorable par le Groupe spécial, concernant les allégations de la Malaisie au titre de l'article 2.1⁶, peut avoir une valeur probante dans le cadre de l'évaluation par le Groupe spécial du "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2.
12. Pour étayer ce point de vue, l'Australie rappelle que, dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac*, l'Organe d'appel a indiqué que, lors de l'évaluation d'une allégation au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, une mesure modifiant les conditions de concurrence pour un groupe de produits importés – par rapport à un groupe de produits nationaux – pouvait être suffisante pour indiquer que le règlement technique était "restrictif pour le commerce" au sens de l'article 2.2.

Degré de contribution que le règlement technique apporte à la réalisation d'un objectif légitime

13. Ensuite, l'Australie fait part de ses vues sur le degré de contribution qu'un règlement technique apporte à la réalisation d'un objectif légitime. Ses observations concernent l'examen des "éléments de preuve" relatifs à l'application de la mesure.
14. L'UE soutient que, lorsqu'il examine les *preuves scientifiques* se rapportant à la mesure, le Groupe spécial devrait limiter son examen à la question de savoir si les mesures en cause sont adéquatement étayées par des avis scientifiques provenant de sources compétentes.⁷ Peu importe si ces avis scientifiques représentent ou non l'opinion de la majorité.⁸ L'Australie ne souscrit pas à la qualification par l'UE du rôle du Groupe spécial comme étant limité, s'agissant de l'examen des preuves scientifiques.
15. De l'avis de l'Australie, il est approprié qu'un groupe spécial examine la mesure dans laquelle le corpus d'éléments de preuve qui lui a été présenté constitue, collectivement, une base raisonnable à l'appui de l'affirmation.⁹ Un groupe spécial devrait examiner la question de savoir si ces éléments de preuve "proviennent 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 pertinente", et "si le raisonnement énoncé sur la base des preuves scientifiques est objectif et cohérent".¹⁰
16. En outre, comme l'a reconnu le Groupe spécial dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac*, l'Australie affirme que les limitations relatives aux éléments de preuve disponibles, ou l'absence de ceux-ci, aux fins de la démonstration de l'existence d'une "contribution", ont une valeur probante et devraient aussi être prises en considération par le Groupe spécial.¹¹

⁶ Malaisie, première communication écrite, paragraphes 522 à 585.

⁷ Union européenne, première communication écrite, paragraphe 362.

⁸ *Ibid.*, paragraphe 781.

⁹ Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.627.

¹⁰ Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.516.

¹¹ Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphes 7.938 à 7.943.

Solutions de rechange moins restrictives pour le commerce

17. L'Australie passe maintenant à l'analyse comparative qui devrait être effectuée lors de l'examen de la question de savoir si le règlement technique est "plus restrictif[s] pour le commerce qu'il n'est nécessaire". Elle rappelle que l'Organe d'appel a dit qu'il ne s'attendait pas à ce qu'un "plaignant ... fournisse des renseignements détaillés concernant la manière dont une solution de rechange proposée serait mise en œuvre par le défendeur dans les faits ...".¹²
18. De l'avis de l'Australie, bien que le plaignant doive établir des éléments *prima facie*, il incombe au défendeur d'établir que la solution de rechange proposée n'est pas raisonnablement disponible.¹³

Article XX du GATT de 1994

19. Enfin, l'Australie souhaiterait présenter quelques observations sur le sens des expressions "nécessaires" et "se rapportant à" dans certains alinéas de l'article XX du GATT de 1994.
20. Les alinéas a) et b) de l'article XX prescrivent que les mesures en cause doivent être "nécessaires", tandis que le critère au titre de l'alinéa g) exige que les mesures en cause "se rapport[ent] à" la conservation des ressources naturelles épuisables. Les deux critères ont été interprétés par l'Organe d'appel.
21. L'expression "nécessaires" suppose le soupesage et la mise en balance holistiques d'un certain nombre de facteurs, comme l'importance de l'intérêt favorisé par la mesure, la contribution de celle-ci aux objectifs poursuivis, et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure en cause. Elle suppose également une comparaison de la mesure avec les mesures de rechange possibles qui permettent d'atteindre le même niveau de protection tout en étant moins restrictives pour le commerce.¹⁴ En comparaison, l'expression "se rapportant à" exige "une relation étroite et véritable [pour ce qui est de] la fin et [d]es moyens" entre la mesure en cause et l'objectif de conservation.¹⁵
22. Ce sont deux critères juridiques considérablement différents. L'invocation de l'article XX a) et b) exige plus que le simple établissement d'une "relation étroite et véritable pour ce qui est de la fin et des moyens" entre la mesure en cause et les objectifs de politique générale légitimes. Elle exige au contraire le soupesage et la mise en balance holistiques d'une série de facteurs. Ces deux critères juridiques ne devraient pas être amalgamés.

Conclusion

23. L'Australie remercie le Groupe spécial de lui avoir donné la possibilité de présenter ces vues.

¹² Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, paragraphe 5.338.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphes 178 à 182; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 307; rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 164; rapport de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphes 5.71 à 5.74.

¹⁵ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.90.

ANNEXE C-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DU BRÉSIL****I. INTRODUCTION**

1. Le Brésil se félicite d'avoir la possibilité de prendre part à la présente procédure en tant que tierce partie. Dans la présente affaire, le Groupe spécial devra aborder des questions systémiques d'une importance indéniable, qui ont trait à l'équilibre entre le droit d'un Membre de poursuivre des objectifs de politique générale légitimes et la nécessité d'empêcher les abus pouvant entraîner des restrictions au commerce incompatibles avec les Accords de l'OMC.

II. ARGUMENTS**A. Un risque élevé de CIAS ne constitue pas une distinction réglementaire légitime aux fins de l'article 2.1 de l'Accord OTC.****i) Un risque élevé de CIAS n'est pas une distinction réglementaire fiable et appropriée.**

2. Dans le cadre de l'analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial devra probablement déterminer si les mesures contestées accordent aux produits importés de Malaisie un traitement moins favorable en comparaison de celui qui est accordé aux produits nationaux ou aux produits importés d'autres pays.
3. Comme l'UE l'a reconnu, il est communément admis dans la littérature scientifique pertinente qu'il existe des incertitudes paramétriques associées à la modélisation des émissions liées aux CIAS.¹ Ces incertitudes découlent, fondamentalement, du fait que les CIAS ne peuvent pas être directement observés ni mesurés, et qu'ils doivent être estimés d'après des modèles.
4. Il reste qu'il n'existe pas de modèle généralement accepté pour l'estimation du risque de CIAS en rapport avec des cultures spécifiques. Quant au modèle adopté par l'UE, il n'est pas du tout complexe puisqu'il ne tient compte que de deux critères. L'absence d'autres variables dans le modèle choisi par l'UE est frappante. En outre, il existe une possibilité bien réelle que la pression de la demande résultant de la réaffectation d'une certaine culture au marché des biocarburants puisse être compensée par l'expansion d'une culture différente, y compris dans des zones présentant un important stock de carbone.
5. L'UE fait valoir que "[l]a question qui se pose pour le Groupe spécial est donc de savoir si ces objectifs environnementaux (dont le changement climatique et la biodiversité) et moraux sont légitimes, et non purement de savoir si la notion de risque de CIAS est "légitime" ou non en tant que telle".¹³ Le Brésil ne souscrit pas à cette affirmation.
6. De l'avis du Brésil, l'Organe d'appel a été clair lorsqu'il a déterminé que, lors d'une analyse au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, un groupe spécial devait vérifier si l'effet préjudiciable sur les importations découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Pour les mesures contestées dans le présent différend, la distinction réglementaire choisie par l'UE est le risque de CIAS, calculé selon la formule établie à l'article 3 du Règlement délégué.

ii) Les mesures contestées ne sont pas appliquées d'une manière impartiale.

7. À titre d'argument subsidiaire, la Malaisie allègue que les mesures contestées sont incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC parce qu'elles ne sont pas appliquées d'une manière impartiale et qu'elles ne sont pas adaptées au risque qu'elles visent à traiter.²

¹ Union européenne, première communication écrite, paragraphe 748.

² Malaisie, première communication écrite, paragraphe 578.

8. De l'avis du Brésil, la notion de risque de CIAS en rapport avec des cultures particulières n'est actuellement pas fiable, parce que ce risque ne peut être estimé que sur la base de modèles arithmétiques qui n'ont pas une robustesse scientifique suffisante. Il n'y a pas de paramètres convenus au niveau international concernant les variables qui devraient être prises en compte lors de la conception de modèles comme celui qui est appliqué par l'UE. Cela signifie que tout modèle de ce type pourrait facilement se prêter à un degré élevé de manipulation.

B. La limite de 7% ainsi que le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS ne sont pas conformes à l'article 2.2 de l'Accord OTC parce qu'ils sont plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime.

i) Analyses relationnelle et comparative

9. Le Brésil rappelle que, lorsqu'ils appliquent le critère de la nécessité au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, les groupes spéciaux doivent prendre en considération trois facteurs: i) le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause; ii) le caractère restrictif pour le commerce de la mesure; et iii) la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'(des) objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure.³ La mise en balance de ces trois éléments est appelée "analyse relationnelle".
10. En outre, dans la plupart des cas, les groupes spéciaux devraient aussi procéder à une "analyse comparative" entre les mesures contestées et les mesures de rechange possibles qui sont raisonnablement disponibles pour le défendeur et qui pourraient apporter une contribution équivalente aux objectifs légitimes pertinents.⁴
11. En ce qui concerne l'"analyse comparative" avec des mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui sont raisonnablement disponibles pour l'UE, le Brésil encourage le Groupe spécial à analyser chacun des cinq exemples présentés par la Malaisie⁵ à la lumière, entre autres choses, des constatations de l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*.
12. De l'avis du Brésil, la constatation de l'Organe d'appel, selon laquelle un degré équivalent de contribution pouvait être atteint différemment du règlement technique en cause, pourrait être interprétée comme signifiant que les mesures de rechange ne doivent pas nécessairement être fondées sur la notion, difficile à cerner, d'émissions liées aux CIAS par culture.
13. En outre, le Brésil estime que, compte tenu de la nature, de la quantité et de la qualité des éléments de preuve disponibles dans le présent différend, il n'est pas possible de mesurer le degré de contribution (le cas échéant) des mesures contestées.

ii) Hypothèses afférentes à la formule choisie par l'UE

14. Le Brésil relève que l'UE cherche à répondre à un argument de la Malaisie faisant fond sur des éléments qu'il a présentés en tant que tierce partie dans l'affaire *UE – Huile de palme (Indonésie)*.⁶ En réponse à l'argument invoqué par la Malaisie, l'UE concède effectivement qu'elle pose la plupart des hypothèses qui ont été mentionnées par le Brésil.
15. L'UE affirme de manière fallacieuse que l'argument du Brésil (et de la Malaisie) "semble supposer la possibilité que la totalité de l'augmentation de la demande [de biocarburant] peut être et sera satisfaite sans une expansion notable sur des terres présentant un important stock de carbone".³⁶ Il s'agit là d'une présentation erronée de l'argument du Brésil. La raison en est que les réductions réalisées grâce au remplacement des combustibles fossiles par des biocarburants pourraient plus que compenser les émissions de GES dues à l'expansion sur des terres

³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322.

⁴ *Ibid.*

⁵ Malaisie, première communication écrite, paragraphe 635.

⁶ Union européenne, première communication écrite, paragraphes 860 à 866; Malaisie, première communication écrite, paragraphe 610. La communication du Brésil en tant que tierce partie dans le différend *UE – Huile de palme (Indonésie)* est incorporée dans la présente communication en tant que pièce BRA-001.

présentant un important stock de carbone qui est induite.

16. Comme il ressort clairement de ce qui précède, c'est l'UE qui suppose que la totalité de l'augmentation de la demande de biocarburant sera satisfaite au moyen d'une expansion notable sur des terres présentant un important stock de carbone.

III. CONCLUSION

17. Le Brésil se félicite d'avoir la possibilité de formuler des observations sur certaines des questions importantes soulevées dans le présent différend, et il espère que les arguments avancés dans la présente communication se révéleront utiles au Groupe spécial pour évaluer la question dont il est saisi.

Résumé analytique de la déclaration orale

1. Le Brésil souhaiterait saisir l'occasion pour présenter ses vues sur la qualification en tant que règlement technique au titre de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC. Il s'agit d'un point litigieux important en l'espèce.
2. Le Brésil met en garde contre une interprétation trop étroite du concept de règlement technique, en particulier pour ce qui a trait à la compréhension des méthodes de production. Cela pourrait aboutir à une constatation selon laquelle ces mesures ne relèvent pas de l'Accord OTC, ce qui pourrait empêcher l'application par ailleurs correcte d'obligations spécifiques énoncées dans les accords visés.
3. L'Organe d'appel⁷ a établi un triple critère auquel un document doit satisfaire pour répondre à la définition d'un "règlement technique". Si le Groupe spécial doit procéder à cette analyse, il devra évaluer si la production de marchandises d'une manière censée être plus respectueuse de l'environnement a un lien suffisant avec les caractéristiques de produit indiquées. Cela est particulièrement pertinent lorsque l'objet et le but des mesures examinées sont précisément la réduction des émissions de GES, comme c'est le cas dans le présent différend.

Résumé analytique des réponses du Brésil aux questions du Groupe spécial

QUESTION N° 2:

1. Les examens juridiques au titre des articles III:4 du GATT et 2.1 de l'Accord OTC – tels qu'ils ont été interprétés par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel – ne sont *pas* identiques.
2. En ce qui concerne l'article III:4 du GATT de 1994, les groupes spéciaux du GATT ont constaté que "la règle du traitement "non moins favorable" posée à l'article III:4 ne fai[sait] l'objet d'aucune réserve. Quant à l'article 2.1 de l'Accord OTC, il implique une évaluation différente pour ce qui est des règlements techniques. L'Organe d'appel a constaté que, particulièrement dans le cadre de l'article 2.1, le contexte ainsi que l'objet et le but de l'Accord OTC militaient en faveur d'un complément d'examen.

QUESTION N° 3:

3. Compte tenu du critère énoncé par l'Organe d'appel⁸, le fait qu'"il se trouve [que la Malaisie] produit uniquement du biocarburant à base d'huile de palme appartenant au groupe des produits similaires" est extrêmement pertinent aux fins de la comparaison qui doit être effectuée au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994. Par conséquent, il apparaît que, s'agissant des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, considérés dans leur ensemble, le groupe des produits similaires importés du Membre plaignant (c'est-à-dire les biocarburants à base d'huile de palme) est soumis à un traitement moins favorable que le groupe des produits similaires nationaux, considérés dans leur ensemble.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 176.

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 194 (non souligné dans l'original).

QUESTION N° 4:

4. Le Brésil ne souscrit pas à la description donnée par l'Union européenne du critère juridique applicable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Si le Groupe spécial doit appliquer ce critère juridique, il convient de noter que son principal élément est axé sur le concept de "*distinction réglementaire légitime*" et non sur les *objectifs* déclarés du règlement technique.

QUESTION N° 7:

Réponse

5. Le Brésil n'a trouvé aucun élément étayant l'affirmation de l'Union européenne concernant les "effets d'accroissement des échanges", produits par les mesures en cause pour d'autres Membres de l'OMC. À sa connaissance, ces effets (s'il y en a) sont par conséquent non spécifiés. Le Brésil partage l'avis de l'Australie selon lequel "une constatation de l'existence d'un traitement moins favorable par le Groupe spécial, concernant les allégations de la Malaisie au titre de l'article 2.1, peut avoir une valeur probante dans le cadre de l'évaluation par le Groupe spécial du "caractère restrictif pour le commerce" au titre de l'article 2.2".⁹

QUESTION N° 17:

6. De l'avis du Brésil, si les éléments de preuve indiquent qu'une mesure est "restrictive pour le commerce" au sens de l'Accord OTC, ces éléments de preuve pourraient avoir une valeur probante dans le cadre de l'évaluation par un groupe spécial de la question de savoir si la mesure équivaldrait à une "restriction" au titre de l'article XI:1 du GATT de 1994, d'après le sens courant des termes dudit article.

QUESTION N° 19:

7. Le Brésil ne voit aucune raison justifiant que le Groupe spécial s'écarte de l'interprétation de l'article XX qui a été établie par des décennies de jurisprudence dans le cadre du GATT et de l'OMC, en faveur d'un critère aussi peu rigoureux et aussi vague que celui qui est préconisé par l'Union européenne. Selon lui, l'interprétation solidement établie dans la jurisprudence découle du texte de l'article XX tel qu'il devrait être correctement interprété. Le critère juridique au titre de chacun des alinéas invoqués doit être évalué selon le cas d'espèce, sur la base des faits pertinents et de la norme juridique applicable.¹⁰ Le Brésil ne voit pas pourquoi, aux fins de l'évaluation d'une mesure donnée, l'interprétation et l'application d'un alinéa (par exemple l'article XX b)) et du texte introductif devraient être différentes selon que le défendeur a ou non également invoqué d'autres alinéas.

QUESTION N° 22:

Réponse

8. On ne voit pas très bien comment tout effet "secondaire" des activités de R-D bénéficiant de subventions doit être considéré. L'examen que le Groupe spécial devrait effectuer ne porte pas sur la question de savoir si ces subventions assurent ou compromettent "le bon fonctionnement du marché", mais si elles contribuent, d'une manière "réelle" et "substantielle", à produire ou à entraîner un ou plusieurs des effets, ou phénomènes sur le marché, énumérés, par exemple, à l'article 6.3 de l'Accord SMC. En tout état de cause, dans le cadre du présent différend, le Brésil ne disconvient pas que le Groupe spécial pourrait avoir à examiner la nature, la conception et le fonctionnement de la réduction de la taxe française sur les carburants lorsqu'il examinera l'effet de la subvention.

⁹ Déclaration orale de l'Australie en tant que tierce partie, paragraphe 11.

¹⁰ Si le Groupe spécial décide de commencer son évaluation par l'un des alinéas invoqués (et le texte introductif) et qu'il constate que la mesure est justifiée au regard dudit alinéa, cela devrait être suffisant pour conclure l'évaluation.

ANNEXE C-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DU CANADA****I. ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC****A. Critère juridique relatif au "traitement moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC**

1. Le Canada ne souscrit pas à la position de l'Union européenne selon laquelle l'article 2.1 de l'Accord OTC établit des disciplines seulement pour une discrimination fondée sur l'origine. Selon lui, les obligations de non-discrimination sont destinées à viser les situations dans lesquelles des produits importés qui sont "similaires" à des produits nationaux se heurtent à l'inégalité des conditions de concurrence, indépendamment de la question de savoir si cette inégalité est fondée ou non sur l'origine.

2. L'Union européenne fait référence à l'affaire *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*¹ pour étayer sa position selon laquelle le champ du traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC (et de l'article III:4 du GATT de 1994) se limite aux scénarios dans lesquels l'effet préjudiciable est lié à l'origine étrangère du produit. Toutefois, l'Organe d'appel a précisé par la suite qu'il serait incorrect que, lorsqu'il détermine l'existence d'un traitement moins favorable, un Groupe spécial fonde cette constatation sur le point de savoir si l'effet préjudiciable est en rapport avec l'origine étrangère du produit.² Ce point de vue a été confirmé à plusieurs reprises par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel.³

B. Critère de la distinction réglementaire légitime au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC

3. Les parties au différend proposent une analyse en deux étapes aux fins de l'application du critère de la distinction réglementaire légitime au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.⁴ Selon elles, la première étape de l'analyse consiste pour le Groupe spécial à déterminer si la distinction réglementaire en cause est légitime. En outre, l'Union européenne affirme que l'article 2.1 exige d'un groupe spécial qu'il examine la légitimité de l'objectif poursuivi par le Membre de l'OMC.⁵

4. Le Canada ne partage pas l'avis des parties au différend selon lequel le critère de la distinction réglementaire légitime suppose une analyse en deux étapes. Le critère juridique adopté par l'Organe d'appel pour déterminer si un effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime consiste à savoir si la mesure est impartiale.⁶ Il y a différentes façons de montrer qu'il y a impartialité. Il s'agit notamment de savoir si la mesure est conçue ou appliquée d'une manière arbitraire ou injustifiable qui constitue un moyen de discrimination (discrimination arbitraire ou injustifiable)⁷, et si la distinction réglementaire est adaptée en fonction des risques contre lesquels la mesure vise à protéger.⁸

5. L'évaluation de la question de savoir si la mesure est conçue ou appliquée d'une manière arbitraire ou injustifiable, afin de déterminer si une distinction réglementaire est impartiale, doit être

¹ Rapports du Groupe spécial *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.2514.

² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 179, note de bas de page 372.

³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215; *États-Unis – EPO*, paragraphe 271; et *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 5.104 et 5.105.

⁴ Malaisie, première communication écrite, paragraphes 573 à 577; et Union européenne, première communication écrite, paragraphe 697.

⁵ *Ibid.*

⁶ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 182 et 215; *États-Unis – Thon (Mexique)*, paragraphe 216.

⁷ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 340.

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

"faite à la lumière de l'objectif de la mesure".⁹ L'Organe d'appel a relevé que "la forme et la teneur du critère de l'adaptation [devaient] être éclairées de manière appropriée par les objectifs poursuivis par la mesure et ... que le critère de l'adaptation devrait lui-même être appliqué compte tenu des objectifs de la mesure".¹⁰ Dans les deux exemples (discrimination arbitraire ou injustifiable ou adaptation), il doit y avoir un lien rationnel entre la distinction réglementaire et l'objectif de la mesure pour que la distinction découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.¹¹

6. Un groupe spécial doit donc évaluer le lien entre les objectifs de la mesure et les distinctions réglementaires. Dans le cadre de cette évaluation, un groupe spécial pourrait examiner la nature des objectifs poursuivis par le règlement technique, y compris la question de savoir si les objectifs sont des objectifs légitimes au titre de l'Accord OTC. Lorsqu'un objectif n'est pas légitime, un groupe spécial pourrait tenir compte de ce facteur dans l'analyse de la distinction réglementaire légitime. La présence de ce facteur peut même étayer une constatation selon laquelle l'effet préjudiciable sur les produits importés ne découle pas exclusivement d'une distinction réglementaire légitime au titre de l'article 2.1. Toutefois, une évaluation de la légitimité d'un objectif n'est pas un élément spécifique de l'analyse de la distinction réglementaire légitime au titre de l'article 2.1 par rapport à l'article 2.2. Au titre de l'article 2.2, la légitimité de l'objectif est une détermination spécifique qui doit être établie par un groupe spécial avant que celui-ci puisse évaluer si un règlement technique est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire.

II. ARTICLE 5.1 DE L'ACCORD OTC

A. Portée correcte de l'obligation de non-discrimination au titre de l'article 5.1.1

7. La Malaisie fait valoir que l'article 5.1.1 de l'Accord OTC s'applique à une situation dans laquelle les fournisseurs d'un produit sont soumis à une procédure d'évaluation de la conformité (PEC) alors que les fournisseurs de produits similaires ne le sont pas. Le Canada n'est pas de cet avis.

8. Selon le Canada, pour que l'article 5.1.1 s'applique, il doit y avoir des fournisseurs de produits importés sur le territoire d'un Membre de l'OMC qui impose une procédure d'évaluation de la conformité pour ces produits, et des fournisseurs de produits nationaux similaires (ou de produits similaires importés d'un pays tiers) auxquels la procédure d'évaluation de la conformité s'applique également. De ce fait, la gamme des produits potentiellement similaires des fournisseurs visés à l'article 5.1.1 se limite aux produits pour lesquels une assurance de la conformité est exigée. Les fournisseurs de ces produits similaires doivent être dans une situation comparable au sens de l'article 5.1.1.¹²

9. L'article 5.1.1 porte sur les conditions d'accès à une évaluation de la conformité qui sont accordées aux fournisseurs.¹³ Il y a violation de l'article 5.1.1 si les conditions qui s'appliquent au fournisseur de produits importés sont moins favorables que les conditions accordées aux fournisseurs de produits similaires nationaux/produits similaires en provenance d'un pays tiers (c'est-à-dire si les conditions d'accès modifient les conditions de concurrence au détriment des fournisseurs de produits similaires importés).¹⁴

10. L'article 5.1.1 ne s'applique pas à une situation où un seul groupe de produits similaires est soumis à la procédure d'évaluation de la conformité et où il se trouve que ces produits sont des produits similaires importés. Les produits similaires nationaux et ceux qui sont originaires d'autres pays ne seraient pas soumis à la procédure d'évaluation de la conformité. Par conséquent, les conditions d'accès à la procédure d'évaluation de la conformité ne s'appliquent pas aux fournisseurs de produits similaires d'origine nationale ou originaires de pays tiers. L'accès à la procédure n'est pas en cause parce qu'il n'est pas exigé que ces produits soient conformes au règlement technique. En conséquence, il ne peut être fait aucune comparaison des conditions d'accès à la procédure entre les différents fournisseurs de produits similaires et l'article 5.1.1 ne s'applique pas.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.92.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 5.47.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 6.13.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.125.

¹³ Rapport du Groupe spécial *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.123.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Russie – Matériels ferroviaires*, paragraphe 5.123.

B. Application de l'article 5.2.1 de l'Accord OTC aux procédures d'évaluation de la conformité en l'absence de règles d'application de la procédure

11. L'application de l'article 5.2.1 n'est pas déclenchée avant qu'une demande d'évaluation de la conformité à un règlement technique ne soit reçue, conformément à la prescription selon laquelle le produit en question doit faire l'objet d'une évaluation de la conformité avant de pouvoir être mis sur le marché. L'obligation commence à s'appliquer dès la réception par le Membre qui réglemente d'une demande d'évaluation de la conformité et elle dure jusqu'à l'achèvement du processus d'évaluation de la conformité.¹⁵ Dès réception de la demande, un Membre de l'OMC est tenu d'engager et d'achever une procédure d'évaluation de la conformité aussi vite que possible.

12. Le fait que la procédure d'évaluation de la conformité ne peut pas être engagée en raison de l'absence de règles d'application de celle-ci n'est pas nécessairement déterminant pour la question de savoir si l'obligation énoncée à l'article 5.2.1 s'applique. La date à laquelle une mesure entre en vigueur n'est "[pas] le point de repère correct par rapport auquel il convient de juger le temps pris pour engager et achever la PEC".¹⁶

13. Ce qui détermine l'entrée en jeu de l'article 5.2.1, c'est si l'application de la procédure d'évaluation de la conformité a commencé, laquelle, selon le Groupe spécial, est engagée dès la "réception d'une demande"¹⁷ d'évaluation de la conformité. Le Groupe spécial devrait formuler une constatation spécifique concernant la date à laquelle une demande d'évaluation de la conformité a été reçue par l'Union européenne au titre de l'article 5.2.1 au lieu de centrer son évaluation sur la question de savoir si les règles d'application de l'UE régissant la procédure d'évaluation de la conformité sont en place.

III. ARTICLE 12.3 DE L'ACCORD OTC

14. La nature des éléments de preuve dont le plaignant a besoin, afin de montrer que le Membre défendeur n'a pas "[tenu] compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres"¹⁸, dépendra du contexte factuel du différend. Toutefois, l'article 12.3 ne prescrit pas de mesures spécifiques, ni la manière dont il doit être pris "activement et réellement" en considération les besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres.¹⁹

15. Le Canada ne souscrit pas à l'affirmation de la Malaisie, figurant au paragraphe 877 de sa première communication écrite, selon laquelle un Membre de l'OMC doit fournir des éléments de preuve indiquant des "dispositions spéciales dans le cadre des mesures en cause, qui sont adaptées de façon à répondre aux besoins spéciaux des pays en développement Membres et à accorder à ceux-ci un traitement différencié et plus favorable". Des éléments de preuve indiquant des actions spécifiques ne sont pas nécessaires pour qu'un défendeur réussisse à réfuter une allégation au titre de l'article 12.3. Un exemple d'action spécifique qui n'est pas nécessaire consisterait en des dispositions spéciales dans le cadre de la mesure en cause, qui tiennent compte des besoins des pays en développement Membres et accordent un traitement différencié et plus favorable. Par conséquent, le fait qu'un Membre de l'OMC n'a pas inclus de dispositions spécifiques dans ses règlements techniques, comme l'exception demandée par l'Indonésie dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*²⁰, ne serait pas suffisant pour établir une violation de l'article 12.3.

IV. ARTICLE XI DE L'ACCORD GÉNÉRAL SUR LES TARIFS DOUANIERS ET LE COMMERCE

16. Pour déterminer si l'article XI:1 est également applicable aux mesures en cause, le Groupe spécial doit se concentrer sur la question de savoir si la mesure, ou un aspect de celle-ci, est de par

¹⁵ Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 7.563 et 7.579.

¹⁶ *Ibid.*, paragraphe 7.579.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Accord OTC, Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, Annexe 1A, 1869 R.T.N.U. 14, article 12.3.

¹⁹ Rapports du Groupe spécial *États-Unis – EPO*, paragraphe 7.788. Voir aussi le paragraphe 7.787 dans lequel le Groupe spécial a indiqué ce qui suit: "Pour ce qui est de savoir ce que signifie concrètement une telle prise en considération active et réelle, nous ne donnons pas de l'article 12.3 de l'Accord OTC une lecture qui prescrit une façon particulière de procéder." (pas de mise en relief dans l'original)

²⁰ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.646.

sa nature une mesure qui a un effet limitatif sur l'importation d'huile de palme. De l'avis du Canada, il ne ressort pas clairement de la conception, de la teneur ou des principes de base du plafond pour risque élevé de CIAS, de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et de la certification de faible risque de CIAS, ni de l'explication fournie, que ces mesures sont également régies par l'article XI:1. Ils indiquent que ces mesures sont imposées pour régler le biocarburant sur le marché intérieur de l'Union européenne, et non pour restreindre la quantité d'huile de palme importée dans l'UE.

17. Une mesure intérieure ayant un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés pourrait avoir un effet limitatif sur la quantité importée. Toutefois, il n'est pas suffisant de souligner l'effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés pour démontrer que la mesure intérieure visée par l'article III:4 est également régie par l'article XI:1. Il doit être montré en quoi la mesure, ou un aspect de celle-ci, est aussi de par sa nature une mesure qui a pour effet d'imposer une restriction à l'importation. Une "restriction" dans ce contexte ne comprendrait pas une réduction de la demande concernant un produit importé.

V. ARTICLE XX DE L'ACCORD GÉNÉRAL SUR LES TARIFS DOUANIERS ET LE COMMERCE (1994)

A. Structure analytique au titre de l'article XX pour des mesures poursuivant des objectifs multiples

18. L'Union européenne affirme que le "régime de l'UE concernant les biocarburants et les mesures contestées par la Malaisie sont conçus pour poursuivre simultanément des objectifs légitimes imbriqués multiples, dont aucun ne peut être évalué isolément".²¹ Elle ajoute que ses mesures liées entre elles "poursuivent les objectifs composites consistant dans la lutte contre le changement climatique et la perte de biodiversité et dans la protection de la moralité publique de l'UE".²² Comme les objectifs du régime concernant les biocarburants sont imbriqués, elle avance ce qu'elle appelle un "moyen de défense composite"²³, et fait valoir que celui-ci exige l'application concomitante des alinéas a), b) et g) de l'article XX.

19. En d'autres termes, étant donné la conception du régime concernant les biocarburants, qui poursuit plusieurs objectifs, l'Union européenne demande au Groupe spécial d'examiner l'interdépendance des différents alinéas qui, d'après elle, fait qu'un critère unique devrait être appliqué pour tous les alinéas.²⁴ Le Canada ne souscrit pas à la position de l'Union européenne. Une telle approche fait abstraction de la structure de l'article XX dans son ensemble, ainsi que des différences textuelles et contextuelles entre les différents alinéas de cet article. Suivre l'approche proposée par l'Union européenne bouleverserait par ailleurs la structure analytique de l'article XX qui ressort de la jurisprudence. Un Membre de l'OMC doit encore démontrer qu'il a été satisfait individuellement aux éléments exigés au titre de chaque alinéa de l'article XX. Le caractère imbriqué des objectifs d'une mesure n'y change rien.

20. Dans les cas où plusieurs exceptions ont été invoquées par un plaignant, l'Organe d'appel a été en mesure d'appliquer des critères juridiques différents selon l'alinéa qui correspondait à chaque objectif particulier. Dès lors que l'examen du degré de lien ou relation entre la mesure contestée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser est conforme au libellé utilisé dans chaque alinéa de l'article XX, il n'y a rien de foncièrement problématique dans l'examen par un groupe spécial d'objectifs multiples comme moyen de défense d'une mesure.

B. Importance du maintien de critères juridiques distincts au titre des alinéas de l'article XX

21. L'Union européenne affirme que le critère de la "nécessité" au titre de l'article XX a) et b) et le critère "se rapportant à" au titre de l'article XX g) sont, "en pratique, très similaires".²⁵ Elle souligne que les deux critères comprennent l'examen d'une relation étroite et véritable entre les objectifs poursuivis et la mesure pour ce qui est de la fin et des moyens. En raison de cette similitude,

²¹ Union européenne, première communication écrite, paragraphe 280.

²² Union européenne, première communication écrite, paragraphe 793.

²³ *Ibid.*, paragraphe 1329.

²⁴ *Ibid.*, paragraphe 1273.

²⁵ *Ibid.*, paragraphe 1265.

elle fait valoir que les deux critères devraient se résumer à une évaluation par le Groupe spécial visant à déterminer si les mesures en cause telles qu'elles sont conçues sont "rationnelles et raisonnables".²⁶

22. Il est bien établi que la question de savoir si une mesure est provisoirement justifiée au regard de l'un des alinéas de l'article XX suppose un examen du degré de lien ou relation entre la mesure contestée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser.²⁷ Toutefois, le degré de ce lien dépend des termes utilisés dans chaque alinéa de l'article XX.²⁸

23. Bien que l'expression "se rapportant à" au sens de l'article XX g) soit définie comme exigeant une "relation étroite et véritable [pour ce qui est de] la fin et [d]es moyens"²⁹, la relation entre la mesure et la politique du Membre de l'OMC ne joue qu'un rôle partiel dans la détermination du point de savoir si une mesure est nécessaire au titre des alinéas a) et b) de l'article XX. La relation entre la mesure et ses objectifs (c'est-à-dire à quel point la mesure contribue à l'objectif) est un facteur qui doit être soupesé et mis en balance en même temps que d'autres facteurs (c'est-à-dire l'importance des valeurs et des intérêts et le degré du caractère restrictif pour le commerce d'une mesure).³⁰ Étant donné qu'une évaluation de la relation étroite et véritable entre la fin et les moyens joue un rôle différent dans le critère de la "nécessité" et le critère "se rapportant à", il s'ensuit que ces critères ne devraient pas être fondus en un seul critère "rationnel et raisonnable" qui éliminerait cette distinction.

24. L'Union européenne fait valoir que le critère de la "nécessité" et le critère "se rapportant à" diffèrent par leur intensité.³¹ Bien que le Canada convienne qu'il y a des différences notables dans le libellé et le contexte de chaque alinéa de l'article XX, cela n'équivaut pas à des niveaux d'intensité variables. Si un Membre de l'OMC choisit de présenter des moyens de défense au titre des alinéas de l'article XX dans lesquels sont énoncés des critères juridiques différents, c'est sa prérogative – une prérogative qui peut être exercée d'après une perception personnelle de ces différences. Toutefois, pour invoquer avec succès les alinéas de l'article XX, un Membre de l'OMC doit satisfaire aux éléments requis des critères qui s'appliquent à chaque alinéa.³²

²⁶ *Ibid.*, paragraphes 1265 et 1272.

²⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 19.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.90.

³⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 145.

³¹ Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1267 et 1268.

³² Canada, réponses aux questions posées par le Groupe spécial aux tierces parties, paragraphe 75.

ANNEXE C-4

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE LA COLOMBIE

La Colombie reconnaît le droit souverain des Membres de mettre en œuvre des mesures aux fins de l'objectif légitime de protection de l'environnement, sous réserve que les règles de l'OMC soient pleinement respectées et, au minimum, que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international.

Dans ses actes de procédure pertinents, la Malaisie a mis l'accent sur l'incompatibilité des mesures contestées avec les articles 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.8, 2.9, 5.1, 5.6, 5.8 et 12 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC"), les articles I:1, III:2, III:4, X:3 et XI:1 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994") et les articles 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC").

L'UE, pour sa part, a allégué que l'Accord OTC n'était pas applicable et a réfuté les allégations au titre des articles 2.1, 2.2, 2.4, 2.5, 2.8, 2.9.2, 2.9.4, 5.1.1, 5.1.2, 5.2.1, 5.6.1, 5.6.2, 5.6.4, 5.8, 12.1 et 12.3 de l'Accord. En outre, elle a considéré comme dénués de fondement les arguments de la Malaisie concernant une infraction supposée à l'article 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord SMC.

La Colombie a présenté ses vues sur les points suivants:

- Les mesures contestées sont incompatibles avec l'article I:1 du GATT de 1994
- Les mesures contestées sont incompatibles avec l'article III:2 et III:4 du GATT de 1994
- Les mesures contestées ne sont pas justifiées au regard de l'article XX du GATT de 1994
- L'article XX du GATT de 1994 comporte une limitation territoriale
- L'Accord OTC est pleinement applicable
- Les mesures contestées sont incompatibles avec l'article 2.1 de l'Accord OTC
- Les mesures contestées sont incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC
- Les mesures contestées sont incompatibles avec l'article 5.1.2
- Les mesures contestées sont incompatibles avec l'article 12.1 et 12.3 de l'Accord OTC

La Colombie convient avec la Malaisie que les mesures contestées adoptées par l'Union européenne ("UE") établissent une discrimination à l'égard de l'huile de palme et des biocarburants dérivés du palmier à huile, ce qui constitue une violation des obligations multilatérales de l'UE et annule et compromet les droits dans le cadre de l'OMC de la Malaisie, de l'Indonésie, de la Colombie et d'autres Membres de l'Organisation mondiale du commerce ("OMC"). Elle relève que la Malaisie allègue explicitement que les mesures contestées établissent *de facto* un obstacle au commerce et influent sur les conditions de concurrence sur le marché de l'UE. Article 2.1 et article III:4 du GATT de 1994. La Colombie souligne que l'article XX ne fournit pas de justification valable pour les mesures. Enfin, elle affirme que les mesures de l'UE contreviennent à l'article 12.2 et 12.3.

Dans le présent résumé, la Colombie expose ses arguments en trois parties: 1. Elle donne son point de vue sur la question de la discrimination en centrant sa réflexion dans le présent document, par souci de concision, sur l'article 2.1 de l'Accord OTC. 2. Elle donne son point de vue sur l'article XX qu'elle considère comme une justification indéfendable pour les mesures. 3. Elle affirme que l'article 12.2 et l'article 12.3 de l'Accord OTC sont enfreints de manière indépendante. Enfin, elle donne sa conclusion.

1. Premièrement, en ce qui concerne la question de la discrimination

La Colombie a présenté une explication approfondie de ce qu'elle considère comme l'interprétation correcte de la disposition de l'**article 2.1 de l'Accord OTC**. L'explication relative à l'article 2.1 de l'Accord OTC constitue le principal raisonnement permettant de comprendre le point de vue de la Colombie sur l'aspect discriminatoire des mesures de l'UE. Les affirmations concernant l'article III:1 et III:2 du GATT et l'article 2.2 de l'Accord OTC suivent le même raisonnement systémique. Par souci de concision, nous présenterons essentiellement l'argumentation que la Colombie a avancée au titre de l'article 2.1, dans le cadre de son interprétation générale de ce qu'elle considère comme une discrimination.

Figurent ci-après certaines grandes questions en la matière, telles qu'elles ont été présentées par la Colombie dans sa première communication écrite et/ou dans ses réponses aux questions du Groupe spécial:

i. L'article 2.1 de l'Accord OTC prohibe les mesures qui "accordent" ou "octroient" un type de traitement "moins avantageux" aux produits importés par rapport aux produits nationaux. Les termes "accordé" ou "dé", en espagnol, indiquent que l'article 2.1 concerne des mesures accordant ou octroyant *effectivement* un traitement moins favorable aux produits importés, **indépendamment de l'existence de facteurs ou de circonstances liés à l'origine étrangère du produit**. La Colombie est d'avis que les mesures par lesquelles un Membre "accorde" ou "octroie" un traitement "moins favorable" aux produits importés, par rapport aux produits nationaux, sont incompatibles avec les articles 2.1 de l'Accord OTC et III:4 du GATT. Par conséquent, la question de savoir si la mesure en cause a été établie sur la base de motifs liés ou non à l'origine ne semble pas pertinente.

ii. En ce qui concerne la question de la discrimination à l'égard des "produits similaires", non seulement dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, mais aussi dans le contexte de l'article III:4 du GATT de 1994, la Colombie a fait observer que tant les groupes spéciaux que l'Organe d'appel avaient conclu que, pour déterminer les produits nationaux et produits importés pertinents aux fins de l'analyse de la similarité, la première étape dans un examen de la similarité consistait à identifier les produits nationaux et les produits importés qui devaient être comparés.¹ De plus, l'Organe d'appel a indiqué qu'une analyse de la similarité consistait essentiellement à déterminer l'importance d'un "rapport de concurrence" entre deux produits sur un marché donné.² Il a également reconnu que, au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, les quatre mêmes critères de similarité qui étaient habituellement utilisés au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 pouvaient être appliqués, à savoir: i) les propriétés, nature et qualité des produits; ii) leurs utilisations finales; iii) les habitudes et préférences des consommateurs; et iv) le classement tarifaire.³ Il s'agit essentiellement de déterminer l'importance d'un "rapport de concurrence" entre deux produits sur un marché donné.⁴

En ce sens, la République de Colombie a estimé que les produits qui devaient être comparés étaient les biocarburants de première génération dérivés du palmier à huile et d'autres cultures, comme le colza et le soja. De fait, les biocarburants dérivés du palmier à huile et les biocarburants dérivés d'autres cultures, comme le colza et le soja, sont dans un rapport de concurrence, ce qui signifie qu'ils sont des produits similaires au titre de l'article III:4 du GATT et de l'article 2.1 de l'Accord OTC. En outre, comme il est expliqué dans la communication de la Colombie en tant que tierce partie, les biocarburants dérivés du palmier à huile et les biocarburants dérivés d'autres cultures oléagineuses ont les mêmes utilisations finales (comme carburants destinés aux transports) et ont le même classement tarifaire (382600).⁵ De plus, du point de vue des consommateurs, les biocarburants produits à partir de différentes cultures sont substituables, en particulier étant donné que la demande de biocarburants dans l'UE ne révèle aucune préférence pour un type particulier de culture oléagineuse, utilisé comme matière première.

À cet égard, l'UE affirme que la Malaisie "exagère" l'ampleur des effets sur les conditions de concurrence sur le marché pertinent. Toutefois, cette affirmation est dénuée de pertinence et ne doit pas être prise en considération par le Groupe spécial étant donné qu'aucun seuil quantitatif n'a

¹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.227.

² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 120.

³ *CE – Amiante*, paragraphe 101.

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 120.

⁵ Colombie, communication en tant que tierce partie, paragraphe 3.13.

besoin d'être dépassé pour qu'il y ait violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Pour qu'une mesure soit incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC, il est seulement exigé qu'un traitement moins favorable soit accordé à un produit étranger qui est dans un rapport de concurrence avec un produit local. Il est important de souligner que l'UE subdivise le marché des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses en plusieurs catégories qui répondent aux critères de ses mesures contestées. Ceci afin de tenter de réfuter la similarité des produits considérés.⁶

Quant à une différence potentielle concernant le critère de la preuve entre l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT de 1994, comme le laisse entendre l'UE dans sa première communication écrite⁷, la Colombie estime que cette différence est inexistante, car l'obligation de fond en matière de non-discrimination énoncée dans les deux articles est essentiellement identique et, par conséquent, l'Accord OTC n'envisage absolument pas un critère de la preuve plus exigeant par rapport à l'article III:4 du GATT de 1994, pour ce qui est de la notion de discrimination.

iii. La Colombie a par ailleurs présenté des observations concernant le critère juridique au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Elle a expliqué ce qui suit:

- L'Organe d'appel a estimé que, pour examiner si l'effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence "découl[ait] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime", il était nécessaire d'examiner attentivement la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application de la mesure, et en particulier le point de savoir si la mesure était *impartiale*.⁸
- Selon le critère juridique énoncé à l'article 2.1, si une mesure a un "effet préjudiciable sur les importations", un groupe spécial doit évaluer si cet effet sur les importations "découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime".⁹ L'évaluation d'un groupe spécial est donc axée sur la distinction réglementaire, et non sur l'objectif.
- Une évaluation de l'objectif d'une mesure éclaire cette analyse mais n'est pas décisive. L'organe juridictionnel devrait examiner si l'objectif est, en principe, légitime. Toutefois, le simple fait que l'objectif d'une mesure soit, en principe, légitime ne signifie pas que la distinction réglementaire spécifique en jeu est légitime. Un Membre peut poursuivre un objectif légitime, mais peut le faire au moyen d'une distinction réglementaire qui est dénuée de légitimité. En outre, même si une distinction réglementaire est légitime, l'effet préjudiciable sur les importations peut ne pas découler exclusivement de la distinction réglementaire légitime, que l'objectif soit ou non légitime.
- Une distinction réglementaire est dénuée de légitimité si le Membre ayant adopté la mesure n'a pas respecté les intérêts, en matière de régularité de la procédure, des parties prenantes affectées, y compris les gouvernements exportateurs, lorsqu'il a établi la distinction.¹⁰ Dans la présente affaire, la formule de l'UE repose sur des données relatives à l'expansion de différentes cultures oléagineuses, dans chaque pays producteur, y compris la Colombie. De l'avis de la Colombie, lorsqu'un Membre adoptant une mesure cherche à établir une distinction entre des marchandises en utilisant des données relatives à des événements survenus dans le pays de production (par exemple, l'expansion de cultures), ce Membre doit donner au pays exportateur, et à ses producteurs, une possibilité appropriée de fournir des données relatives à leur propre production dans leur propre pays, et de formuler des

⁶ Union européenne, première communication écrite, paragraphes 707 et 708.

⁷ Union européenne, première communication écrite, paragraphes 704 et 724.

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 182; l'Organe d'appel a comparé l'article 2.1 et l'article XX du GATT, et il a constaté certaines similitudes, mais aussi des différences: "Nous reconnaissons qu'il existe des parallèles importants entre les analyses au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et au titre du texte introductif de l'article XX. En particulier, nous notons que les concepts de "discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent" et de "restriction déguisée au commerce" figurent 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 a reconnu qu'il fournissait un contexte pertinent pour l'article 2.1 de l'Accord OTC. En outre, l'article 2.1 et le texte introductif de l'article XX n'ont ni l'un ni l'autre "pour effet d'interdire *a priori* tout obstacle au commerce international". En revanche, tel qu'il a été interprété par l'Organe d'appel, l'article 2.1 "permet[] ... les effets préjudiciables sur les possibilités de concurrence pour les importations qui découlent exclusivement de distinctions réglementaires légitimes", alors que, en vertu du texte introductif de l'article XX, la discrimination est permise si elle n'est pas arbitraire ou injustifiable". *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.310 (notes de bas de page omises).

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 215 (pas de mise en relief dans l'original). Voir aussi *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 215.

¹⁰ *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 178 à 184.

observations à leur sujet; et le Membre adoptant la mesure devrait, en principe, utiliser ces données.

- Le mot "exclusivement" signifie qu'il ne peut pas y avoir de facteurs *additionnels* qui contribuent au traitement préjudiciable. Pour évaluer si l'effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime, un groupe spécial devrait évaluer le lien entre l'effet préjudiciable sur les importations et la distinction réglementaire légitime. Entre autres choses, les organes juridictionnels ont examiné si le lien était rationnel et si l'effet préjudiciable sur les importations était correctement adapté en fonction des risques que la distinction réglementaire visait à traiter (en l'espèce, le niveau de risque de CIAS).¹¹ Si le lien n'est pas rationnel, ou pas correctement adapté en fonction des risques que la distinction vise à traiter, l'effet préjudiciable sur les importations ne découle pas exclusivement de la distinction réglementaire.

iv. La Colombie a communiqué des observations, avec force détails et représentations graphiques, concernant l'application du critère juridique à la présente affaire. La Colombie a expliqué, pour sa part, que 1) la formule de l'UE utilisée pour établir une distinction réglementaire entre les cultures oléagineuses à faible risque de CIAS et les cultures à risque élevé était dénuée de légitimité; et que 2) les critères de l'UE permettant de distinguer la production de palmiers à huile à faible risque de CIAS – laquelle présente normalement un risque élevé de CIAS – au moyen de la certification de faible risque de CIAS, étaient dénués de légitimité. Pour ces deux raisons, la mesure est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC.

En outre, s'agissant des questions de discrimination, la Colombie a utilisé le même raisonnement reposant sur des intérêts systémiques et a constaté que, selon elle, les mesures de l'UE contrevenaient également à l'article 2.2 de l'Accord OTC, car elles dépassaient le degré de caractère restrictif nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi d'après les allégations. L'article III.1 et III.4 du GATT a également été examiné, avec des représentations et des affirmations finales similaires.

Enfin, la Colombie a donc conclu en affirmant que les mesures étaient discriminatoires et incompatibles avec les différentes règles prévues contre la discrimination par le GATT et par l'Accord OTC (lequel est, d'ailleurs, pleinement applicable). La mesure de l'UE a été bâclée du début à la fin, et aucune argumentation complexe ne peut le dissimuler.

Pour dire les choses simplement, après la dissection des formules complexes et du jargon juridique, un fait saute aux yeux: **la restriction s'applique uniquement à l'huile de palme, quel que soit l'endroit où elle est produite** (et il n'y a aucun producteur d'huile de palme qui soit non négligeable sur le marché local de l'UE, si tant est qu'il en ait), **et non à tous les autres produits similaires** (dont un certain nombre de producteurs non négligeables sont présents sur le marché de l'UE) qui pourront continuer à faire l'objet d'un commerce et contribuer aux objectifs en matière d'énergie renouvelable – parce que la totalité de la production mondiale est réputée être à faible risque de CIAS.¹²

2. Deuxièmement, la Colombie a fourni son analyse de l'article XX en tant que justification.

La Colombie a axé ses interventions concernant l'article XX du GATT sur les principaux arguments suivants: i) le champ d'application territorial de l'exception prévue à l'article XX; ii) le critère de la nécessité énoncé aux alinéas a) et b) de l'article XX; iii) la contribution de la mesure à l'objectif légitime allégué et l'analyse des mesures de rechange; iv) l'analyse de l'article XX g); et v) l'analyse du texte introductif de l'article XX.

La Colombie a conclu: que les interprétations du droit avancées par l'UE pour justifier les mesures étaient peu vraisemblables et présentaient des risques systémiques; que le raisonnement de celle-ci en vue de l'application de la disposition au cas d'espèce était également erroné; et que l'article XX comprenait des limitations territoriales intrinsèques dont la mésestimation pouvait, là encore,

¹¹ *États-Unis – Thon (Mexique)*, paragraphe 297; *États-Unis – Thon II (Mexique)* (article 21:5 du *Mémorandum d'accord*), paragraphe 6.13.

¹² Pour les mêmes raisons, la mesure ne satisfait pas aux prescriptions énoncées dans les alinéas (c'est-à-dire a), b) et g)) et le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

présenter des risques systémiques. En résumé, elle a conclu que les mesures de l'UE contestées n'étaient pas justifiées – ni justifiables – au regard de l'article XX du GATT de 1994.

3. Troisièmement, la Colombie a abordé la question concernant le traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement, prévu à l'article 12.1 et 12.3 de l'Accord OTC.

La Colombie a appuyé sans réserve la demande de la Malaisie en faveur d'un respect plus strict de l'obligation de tenir compte des besoins des pays en développement, comme l'exige le texte de l'Accord. L'expression "tenir compte", développée par les termes qualificatifs "*des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres*", doit être interprétée de bonne foi conformément à son sens ordinaire dans le contexte de l'Accord OTC et à la lumière de son objet et de son but. En outre, selon le principe d'interprétation de l'effet utile, un traité doit être interprété de façon à donner un sens à tous ses termes et dispositions, harmonieusement. Par conséquent, considérer l'expression "tenir compte", suivie d'une énumération spécifique de besoins, comme une simple formalité priverait cette expression de tout sens et contreviendrait donc aux règles coutumières d'interprétation qui sont obligatoires en vertu de l'article 3:2 du Mémoire d'accord.

La Colombie relève que l'article 12.3 ne donne aucune indication spécifique sur le type d'éléments de preuve exigés pour démontrer le respect des obligations qui y sont énoncées. En tout état de cause, l'inclusion de l'article 12.3 dans l'Accord devrait effectivement avoir une signification dans la pratique. Une discipline additionnelle en matière de procédure a été négociée, ce qui suppose une activité spécifique de la part des Membres établissant des mesures OTC.

Même si la façon de fournir des éléments de preuve spécifiques pourrait être assez libre et laissée à l'appréciation des États membres, on pourrait citer à titre d'exemples valables les actions ci-après pour satisfaire aux dispositions: engager des consultations valables avec le Membre en développement; ménager des possibilités adéquates et non générales en vue d'une participation à la conception, la mise en œuvre ou la modification des mesures; prévoir un dialogue spécifique au sujet de toutes représentations formulées par le Membre qui réglemente concernant les faits survenus sur le territoire d'un Membre en développement, ainsi qu'une déférence à l'égard de ses propres représentations factuelles; et prendre note des différences et spécificités des Membres en développement affectés, que ce soit au niveau géographique ou sur le plan du développement, et pas seulement les amalgamer comme si ces Membres ne faisaient qu'un.

Selon cette interprétation, la Colombie estime que l'UE n'a pas démontré la conformité avec l'article 12.3 en évoquant le dialogue engagé avec la Malaisie dans sa première communication écrite¹³, ni en alléguant simplement qu'elle a entrepris d'établir son règlement en ayant "en vue d'évaluer les besoins des pays en développement. Tout simplement, la Colombie ne voit pas très bien de quelle manière les besoins du développement des pays en développement qui sont énumérés ont été activement pris en considération dans l'élaboration et l'application de la mesure en cause.

Enfin, et en particulier, l'exigence d'un "non-attractif financier" comme condition préalable à la certification (ainsi qu'il a été examiné en détail dans la réponse de la Colombie à la question n° 4 du Groupe spécial) veut tout simplement dire, de manière flagrante, "sans tenir compte des besoins ... des finances des pays en développement Membres", et elle constitue une violation de l'article 12.3 lui-même ainsi qu'un élément de preuve additionnel du non-respect de la disposition au cours du processus réglementaire général.

4. Pour terminer, à titre de conclusion générale, la Colombie a appuyé les allégations de la Malaisie, sans préjudice des allégations et arguments de celle-ci.

La Colombie appuie l'allégation de la Malaisie selon laquelle les mesures contestées sont incompatibles à la fois avec le GATT de 1994, l'Accord OTC et l'Accord SMC. Elle n'a souligné en particulier que les points suivants:

¹³ Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 1.111 à 1.115.

- Les mesures de l'UE et des États membres de l'UE contestées contreviennent à l'article I:1 du GATT de 1994
- Les mesures de l'UE contestées contreviennent à l'article III:4 du GATT de 1994
- Les mesures de l'UE contestées ne sont pas justifiées au regard de l'article XX du GATT de 1994
- Les mesures de l'UE contestées contreviennent à l'article 2.1 de l'Accord OTC
- Les mesures de l'UE contestées contreviennent à l'article 2.2 de l'Accord OTC
- Les mesures de l'UE contestées contreviennent à l'article 12.1 et 12.3 de l'Accord OTC
- Les mesures des États membres de l'UE contestées contreviennent à l'article III:2 du GATT de 1994 (Section 3.6)

ANNEXE C-5**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DU COSTA RICA****Observations générales**

1. Le Costa Rica participe en tant que tierce partie au présent différend parce qu'il a un intérêt commercial en tant que producteur et exportateur d'huile de palme. D'une manière générale, il s'inquiète des effets secondaires que les mesures appliquées par l'Union européenne peuvent avoir sur les marchés internationaux de l'huile de palme, lesquels peuvent affecter nos exportations vers des marchés tiers.
2. Nos préoccupations particulières concernant les mesures en question peuvent se résumer comme suit.
3. Tout d'abord, nous tenons à dire que nous avons avec l'Union européenne une conception commune selon laquelle l'utilisation d'énergies de substitution est un moyen indispensable pour parvenir à réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) et à respecter les objectifs de l'Accord de Paris.
4. Toutefois, nous sommes préoccupés par l'approche particulière adoptée par l'Union européenne, pour ce qui est de la limitation de l'utilisation de biocarburants dont le palmier à huile et l'huile de palme constituent les matières premières. Ces produits sont importants pour notre pays, compte tenu des possibilités d'emploi qu'ils créent dans les zones rurales à faible revenu.
5. Nous savons que la limitation de l'utilisation des biocarburants a pour but de remédier aux effets dommageables potentiels des changements indirects dans l'affectation des sols, lesquels se produisent lorsque des cultures aux fins de la production de biocarburants entraînent le déplacement de cultures traditionnelles destinées à l'alimentation. Il est supposé que la demande supplémentaire de terres se traduirait par une extension de la superficie consacrée à l'agriculture, au détriment des forêts et des zones humides, et engendrerait des émissions de GES additionnelles.
6. Toutefois, cette approche ne tient pas compte des situations particulières qui existent dans différents pays et régions. La situation réelle concernant les terres consacrées à la production de palmiers au Costa Rica ne correspond certainement pas à la définition du risque élevé de changements indirects dans l'affectation des sols, invoqué par l'Union européenne.
7. Le Costa Rica estime qu'il y a d'autres mesures moins restrictives pour le commerce qui sont raisonnablement à la disposition de l'Union européenne et qui apporteraient des contributions semblables aux objectifs poursuivis par les mesures en question. Par exemple, il a proposé à l'Union européenne de tenir compte de l'existence de certifications environnementales internationales, comme la Table ronde sur l'huile de palme durable (RSPO), qui visent à garantir que la production de palmiers est compatible avec les objectifs de développement durable.
8. Nous notons que la Malaisie a inclus la RSPO dans les mesures de rechange proposées que, selon elle, l'Union européenne aurait dû examiner et adopter.¹ Le Costa Rica approuve cette approche.

Détermination des objectifs de politique générale au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article XX du GATT de 1994

9. Le Costa Rica relève qu'il y a certains points de convergence entre les Parties en ce qui concerne l'interprétation et l'application de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article XX du GATT de 1994 et, en particulier, la détermination des objectifs poursuivis par les mesures contestées.

¹ Malaisie, première communication écrite, paragraphes 658 à 666.

-
10. Les deux Parties semblent s'accorder sur les questions fondamentales ci-après, à savoir:
- Qu'il appartient à chaque Membre de l'OMC de définir ses propres objectifs de politique générale dans le cadre des domaines d'intérêt public énumérés dans ces dispositions;
 - Qu'il appartient à chaque Membre de choisir le niveau de protection qu'il cherche à obtenir au moyen des mesures ou des politiques qu'il choisit d'adopter;
 - Que les groupes spéciaux ne sont pas liés par la description donnée par un Membre des objectifs qu'il poursuit au moyen des mesures, et qu'ils doivent procéder à une évaluation objective et indépendante des objectifs poursuivis par un Membre, compte tenu de tous les éléments de preuve qui leur sont présentés à cet égard.²
11. Le Costa Rica approuve également ces principes.
12. Pour ce qui est des objectifs indiqués dans le cadre du différend, nous relevons, en revanche, qu'il y a certaines différences importantes entre les Parties. L'Union européenne a indiqué ce qu'elle considère comme étant *"des objectifs légitimes imbriqués multiples, dont aucun ne peut être évalué isolément"*. Ces objectifs incluent l'atténuation du changement climatique grâce à la réduction des émissions de GES, la protection et la préservation de la biodiversité et la réponse aux préoccupations connexes concernant la moralité publique de l'Union européenne.³
13. Bien que la Malaisie ne conteste pas la possibilité qu'une mesure puisse poursuivre des objectifs multiples, elle estime que les mesures spécifiques contestées dans le présent différend visent un objectif premier, à savoir *"la prévention des émissions de GES additionnelles par une limitation des changements directs et indirects dans l'affectation des sols"*.⁴
14. Comme il est indiqué plus haut, il appartiendra au Groupe spécial de procéder à une évaluation objective et indépendante des objectifs poursuivis par les mesures en cause dans le présent différend. Le Costa Rica n'a pas d'avis particulier sur cette question. Toutefois, il est important de mentionner que l'indication correcte des objectifs en question est essentielle pour déterminer si les mesures contestées sont conformes aux prescriptions énoncées à l'article 2.2 de l'Accord OTC et à l'article XX du GATT de 1994.
15. En outre, le Costa Rica relève que l'Union européenne s'est appuyée sur les alinéas a), b) et g) de l'article XX du GATT de 1994 pour justifier ses mesures. Étant donné que l'Union européenne a adopté une approche fondée sur des objectifs imbriqués, elle a indiqué qu'elle s'appuyait simultanément sur ces dispositions. Cela signifie que, si son moyen de défense composite tombait, les trois justifications devraient toutes tomber.⁵ Cela est compatible avec l'avis de l'Union européenne selon lequel les critères "nécessaires" et "se rapportant à" énoncés dans ces dispositions sont très similaires.
16. Bien que le Costa Rica reconnaisse le fait qu'un Membre de l'OMC peut s'appuyer sur plusieurs objectifs de politique générale différents au titre de l'article XX pour justifier une mesure contestée, cela ne signifie pas qu'un critère agrégé, composé de ces objectifs, serait approprié ou juridiquement justifié au regard des prescriptions de l'article XX. Cet article emploie clairement des termes distincts pour chacun des différents objectifs de politique générale qui peuvent être poursuivis au titre des différents alinéas. Ces différences de libellé ont été clairement choisies pour une raison et devraient être soumises à un critère séparé et distinct afin de déterminer si la mesure d'un Membre défendeur satisfait à l'énoncé de chaque alinéa pertinent.
17. À cet égard, l'Organe d'appel de l'OMC a clairement indiqué qu'*"[i]l ne sembl[ait] pas raisonnable de supposer que les Membres de l'OMC [avaient] entend[u] exiger, en ce qui*

² Union européenne, première communication écrite, paragraphes 763 et 776; Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 34 et 53.

³ Union européenne, première communication écrite, paragraphe 159.

⁴ Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphes 38 et 39.

⁵ Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1329.

concern[ait] chaque catégorie, le même type ou degré de lien ou relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherch[ait] à promouvoir ou à réaliser".⁶

18. Par conséquent, l'analyse prescrite en ce qui concerne les alinéas a) et b) de l'article XX différerait de celle qui est prescrite au titre de l'alinéa g). Les alinéas a) et b) exigeraient des Membres de l'OMC invoquant l'article XX qu'ils justifient que la mesure contestée est "nécessaire[]" à a) la protection de la moralité publique et à b) la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux; alors que l'alinéa g) exigerait des Membres de l'OMC qu'ils justifient que la mesure contestée "se rapport[e]" à la conservation des ressources naturelles épuisables.

Question de la limitation territoriale ou de juridiction à l'article 2.2 de l'Accord OTC et à l'article XX du GATT de 1994

19. L'Union européenne a indiqué dans ses communications écrites que, contrairement à ce qui était prévu dans l'Accord SPS, il n'y avait pas de limitation de juridiction à l'article 2.2 de l'Accord OTC, ni à l'article XX du GATT de 1994.⁷
20. Le Costa Rica relève que l'Union européenne ne développe pas ses arguments se rapportant à cette question. Toutefois, nous croyons comprendre que l'Union européenne a pris les mesures contestées principalement pour répondre à ses préoccupations relatives à la perte de biodiversité et aux émissions de GES pouvant résulter des changements indirects dans l'affectation des sols qui se produisent *hors du territoire des États membres de l'UE*.
21. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le Costa Rica convient qu'il appartient à chaque Membre de l'OMC de choisir le niveau de protection qu'il cherche à obtenir au moyen des mesures ou des politiques qu'il choisit d'adopter. Il est certain que les autorités nationales des Membres de l'OMC, chargées de concevoir ces mesures ou politiques, sont tenues de respecter des limitations territoriale et de juridiction lorsqu'elles établissent ce niveau de protection. Il est entendu, à notre avis, que ces limitations sont consacrées par le droit de l'OMC, y compris par les dispositions de l'article 2.2 de l'Accord OTC et de l'article XX du GATT de 1994. Les Membres de l'OMC ne peuvent pas et ne devraient pas pouvoir affecter la souveraineté d'autres Membres en imposant des mesures qui tendent à se substituer au droit de ceux-ci d'établir *leur propre* niveau de protection concernant *leur* biodiversité et *leurs* ressources naturelles sur *leur propre* territoire.
22. Comme l'Indonésie l'indique à juste titre dans sa communication en tant que tierce partie, les principes de territorialité et de souveraineté sur les ressources naturelles sont des éléments essentiels du droit international.⁸ Le silence, l'ambiguïté ou de simples références à d'autres Accords de l'OMC ne devraient pas servir de fondement à une interprétation qui s'écarte de ces principes fondamentaux. Toute interprétation concernant les limitations territoriale ou de juridiction, à l'article 2.2 de l'Accord OTC ou à l'article XX du GATT de 1994, devrait suivre les règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, y compris l'article 31.3 c), lu conjointement avec l'article 3:2 du Mémorandum d'accord, et compte tenu du contexte dans lequel ces accords ont été rédigés.
23. Cela étant dit, le Costa Rica est d'avis que la discussion concernant les limitations territoriale ou de juridiction, à l'article 2.2 de l'Accord OTC ou à l'article XX du GATT de 1994, dans le cadre de la présente procédure, devrait se limiter à l'interprétation et à la mise en œuvre des alinéas b) et g) de l'article XX du GATT de 1994 et des objectifs légitimes connexes, énoncés à l'article 2.2 de l'Accord OTC.
24. En ce qui concerne la moralité publique visée à l'alinéa a) de l'article XX du GATT de 1994, il n'apparaît pas, selon nous, que cette discussion en matière juridictionnelle soit pertinente, étant donné que la protection de la moralité publique en l'espèce est liée aux valeurs des citoyens à

⁶ 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, page 19.

⁷ Union européenne, première communication écrite, paragraphes 825 et 1345.

⁸ Indonésie, communication en tant que tierce partie, paragraphes 122 et 125.

l'intérieur du territoire du Membre de l'OMC qui a conçu les mesures, c'est-à-dire l'Union européenne.

25. La moralité publique ne peut pas être évaluée dans l'abstrait. De toute évidence, elle découle de préoccupations particulières liées à diverses questions, y compris de préoccupations liées à des problèmes mondiaux tels que la perte de biodiversité ou le changement climatique. À cet égard, le Costa Rica convient avec l'Union européenne que ces objectifs connexes peuvent être liés à la moralité publique. Toutefois, comme nous l'avons précédemment expliqué, cela ne signifie pas qu'un critère agrégé, composé de ces objectifs, serait approprié ou juridiquement justifié au regard des prescriptions de l'article XX du GATT de 1994. Selon nous, compte tenu des limitations territoriales qui semblent exister au titre des alinéas b) et g) de l'article XX du GATT de 1994, il serait approprié de procéder à une seule analyse de ces objectifs connexes au titre de l'alinéa a) de l'article XX, ce qui signifierait que le critère "nécessaires à" serait applicable.

ANNEXE C-6**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE L'ÉQUATEUR****I. Déclaration orale de l'Équateur**

Comme il l'a fait dans des affaires analogues auxquelles il a participé en tant que tierce partie, l'Équateur indique ce qui suit:

Les règles et procédures du système commercial international sont établies avec l'accord volontaire de tous les participants et, par conséquent, l'imposition de règlements techniques adoptés unilatéralement par un pays ou un groupe d'États peut enfreindre ce principe et entraîner une discrimination et même une restriction. De la même manière, cela peut affecter les tierces parties et finir par provoquer une réaction en chaîne d'actions unilatérales qui touchent tout le monde.

Dans le cas où des décisions unilatérales établissent une discrimination à l'égard de certains pays et également de certains produits par rapport à des produits similaires; si ces décisions entraînent la création d'obstacles techniques non nécessaires ou discriminatoires pour des produits; et si elles ne sont pas issues de consultations internationales transparentes, prescrites par des règles commerciales multilatérales, ces décisions ne sont pas conformes aux règles du système commercial international.

Si un Membre adopte des mesures unilatérales, comme la procédure de certification de faible risque de CIAS, qui n'émanent pas d'une organisation internationale reconnue établissant des normes internationales ou qui ne suivent pas les normes de celle-ci, cela peut affecter les producteurs agricoles des Membres qui appliquent les normes internationales dans le cadre de leurs activités industrielles et commerciales.

II. Principaux arguments présentés dans la communication de l'Équateur en tant que tierce partie intéressée*a. Utilisation des normes internationales, ou de leurs éléments pertinents, comme base des règlements techniques.*

L'Équateur estime que l'UE n'a pas utilisé les normes internationales, au sujet desquelles, conformément à l'article 2.4 de l'Accord OTC, trois principaux aspects peuvent être identifiés: i) l'existence de normes internationales ou le fait que celles-ci sont sur le point d'être mises en forme finale; ii) le fait que ces normes internationales – ou des éléments de celles-ci – ont été utilisées comme base du règlement technique; et iii) la question de savoir si ces normes internationales sont inefficaces ou inappropriées pour réaliser l'objectif légitime recherché par l'État membre.

Il est évident qu'il y a des normes acceptées au niveau international qui sont utilisées non seulement pour assurer la protection de l'environnement en général, mais aussi pour traiter les effets secondaires classiques dans la branche de production de l'huile de palme. Ces normes auraient pu être utilisées comme base par l'Union européenne pour établir, en totalité ou en partie, la mesure en cause. Ainsi, en l'espèce – à supposer que l'Union européenne puisse démontrer que sa mesure relève d'une norme internationale – le Groupe spécial doit analyser si ladite norme internationale est le principal élément constitutif ou le principe fondamental utilisé aux fins de promulguer le règlement technique.

Par conséquent, à supposer que l'UE puisse prouver que la méthode d'analyse du risque de CIAS est une norme internationale, le Groupe spécial doit analyser si la manière dont l'Union européenne mesure le risque de CIAS est pertinente pour la réalisation de l'objectif recherché.

b. Faire 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.

L'Équateur n'a pas pour objectif de déterminer si la mesure de l'Union européenne est ou n'est pas plus restrictive pour le commerce que les autres, mais de souligner qu'il est important de vérifier s'il

existe d'autres mesures moins restrictives ayant la capacité de réaliser l'objectif ultime de l'Union européenne, qui est, d'après ce que l'Équateur peut inférer, la préservation de l'environnement. En ce sens, il demande au Groupe spécial de procéder à une analyse qui comporte un examen des mesures restrictives pour le commerce possibles, présentées par la Malaisie.

Selon l'Équateur, il y a trois éléments principaux que le Groupe spécial doit prendre en considération pour effectuer cette analyse: i) la question de savoir si la mesure de rechange est moins restrictive pour le commerce que la mesure en cause; ii) la question de savoir si la mesure projetée apportera au moins une contribution équivalente à l'objectif qui est recherché au moyen de la mesure en cause; et iii) la question de savoir si la mesure de rechange est "raisonnablement à la disposition" du Membre comme solution de rechange à la mesure en cause.

L'Équateur souhaiterait que la certification RSPO soit examinée. Cette norme internationalement acceptée, utilisée pour préserver l'environnement, est non seulement une mesure qui vise spécifiquement le secteur de la culture du palmier à huile, mais elle satisfait aussi aux trois éléments en question: i) c'est une mesure moins restrictive pour le commerce étant donné qu'elle n'établit pas de limitations qualitatives pour ce qui est des caractéristiques du produit. En fait, 19% de l'huile de palme produite dans le monde sont certifiés par la RSPO; ii) c'est une mesure qui contribue de manière équivalente à l'objectif de l'Union européenne; comme il a été indiqué, elle fournit aux membres un calculateur d'émissions de gaz à effet de serre de sorte que celles-ci puissent être constamment surveillées. En outre, elle apporte aux consommateurs une sécurité, sachant qu'elle fait l'objet de procédures constantes de vérification qui ont de lourdes conséquences en cas de non-conformité, ce qui permet de faire en sorte que l'huile de palme soit respectueuse de l'environnement à TOUS les niveaux de la chaîne de valeur; et iii) c'est une mesure qui est entièrement à la disposition de l'Union européenne; en fait, elle est utilisée dans 92 pays, par plus de 4 000 membres dans le monde.

- c. *Faire en sorte qu'il soit accordé aux produits importés un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays.*

L'Équateur est d'avis que le Groupe spécial doit analyser si la mesure en cause affecte les produits similaires – cette dernière expression s'entendant du point de vue de la nature et de l'étendue de leur rapport de concurrence. Pour ce faire, le Groupe spécial doit suivre les étapes que les groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont établies en la matière. Une fois que le Groupe spécial aura déterminé si les produits sont similaires ou non, il pourra déterminer si la mesure imposée par l'Union européenne accorde un traitement moins favorable aux produits importés – en l'espèce, l'huile de palme.

L'Équateur est résolument d'avis que, dans la présente affaire, le Groupe spécial doit examiner: i) la question de savoir si les mesures en cause faussent les conditions de concurrence sur le marché de l'UE des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses au détriment du biocarburant dérivé du palmier à huile importé de Malaisie; et ii) si les mesures en cause sont *de facto* – et non *de jure* – discriminatoires, la question de savoir si l'effet préjudiciable de ces mesures découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

- d. *Établissement de 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.*

Le Groupe spécial doit examiner si la mesure établie par l'Union européenne est conforme à l'esprit de l'article 2.8 de l'Accord OTC ou si, au contraire, elle crée des obstacles techniques non nécessaires au commerce en établissant des prescriptions relatives au produit en fonction des caractéristiques du produit et non en fonction des propriétés d'emploi.

De l'avis de l'Équateur, l'analyse du risque de CIAS porte entièrement sur la composition du produit et non sur ses propriétés d'emploi. L'UE n'a pas démontré en quoi le produit final, le "biocarburant dérivé du palmier à huile", avait une propriété d'emploi ou une caractéristique (autre que sa source) différente de celles du "biocarburant à base d'huile de colza" ou du "biocarburant à base d'huile de soja". De cette manière, l'Union européenne créerait un obstacle technique non nécessaire au

commerce qui pourrait assurer une protection indirecte aux produits nationaux et à certains produits similaires importés.

e. Traitement spécial et différencié des pays en développement Membres

C'est un fait que les États membres ne sont pas tous dans les mêmes conditions pour ce qui est des finances, du commerce et du développement. C'est la raison pour laquelle l'article 12 de l'Accord OTC établit certaines considérations dont il doit être tenu compte lors de l'adoption d'une mesure ayant une incidence sur le commerce entre les États.

L'Équateur tient à souligner que le Groupe spécial doit examiner si l'Union européenne s'est acquittée ou non de son obligation de tenir compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce de tous les pays en développement Membres dès le moment où celle-ci a été énoncée. Si les besoins spéciaux des pays en développement n'ont pas été pris en considération, l'Union européenne a manqué à ses obligations multilatérales.

En conclusion, l'Équateur soutient que l'Union européenne n'a pas démontré que sa mesure avait été établie sur la base d'une norme internationale, ou que l'élément pertinent d'une norme internationale avait été utilisé comme base de son règlement technique. De plus, il soutient que la mesure appliquée a été élaborée non seulement au mépris du principe de la prévention des obstacles non nécessaires, mais aussi d'une manière créant précisément un obstacle non nécessaire qui aurait pu être évité au moyen de l'utilisation d'autres normes internationales. La mesure appliquée par l'Union européenne établit des prescriptions relatives au produit en fonction des caractéristiques du produit, telles que les méthodes de production, au lieu de ses propriétés d'emploi. Enfin, l'Union européenne n'a pas démontré de quelle manière elle avait tenu compte des besoins spéciaux du développement, des finances et du commerce des pays en développement Membres.

III. Principaux arguments présentés par l'Équateur en tant que tierce partie dans ses réponses écrites aux questions posées par le Groupe spécial

a. Question n° 3.

- i. L'Équateur fait observer que l'article 2.1 de l'Accord OTC énonce une obligation de traitement national et de traitement de la nation la plus favorisée (NPF). Le traitement de la nation la plus favorisée prohibe la discrimination établie au moyen de règlements techniques appliqués à des produits similaires importés de Membres différents, tandis que l'obligation de traitement national prohibe la discrimination entre les produits importés similaires et les produits nationaux. Par conséquent, cela détermine que, "pour parvenir à une analyse satisfaisante, le Groupe spécial doit établir, en premier lieu, si les produits faisant l'objet de ces différends sont similaires ou non".
- ii. L'Équateur réaffirme que, dans la présente affaire, le Groupe spécial doit examiner:
 - i) la question de savoir si les mesures en cause faussent les conditions de concurrence sur le marché de l'UE des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses au détriment du biocarburant dérivé du palmier à huile importé de Malaisie; et
 - ii) si les mesures en cause sont *de facto* – et non *de jure* – discriminatoires, la question de savoir si l'effet préjudiciable de ces mesures découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime.

b. Question n° 5.

- i. L'Équateur croit comprendre qu'une partie des éléments de l'évaluation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC consiste en ce que les mesures adoptées ou appliquées n'aient pas pour but ou objet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international, et qu'il soit fait en sorte que leurs règlements techniques ne soient pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-conformité entraînerait.
- ii. L'Équateur est d'avis que, bien que l'article 2.1 de l'Accord OTC prescrive d'évaluer l'existence d'une impartialité comme élément fondamental pour la conception d'une

distinction réglementaire, de sorte qu'une mesure ne constitue pas une discrimination arbitraire et injustifiée à la lumière dudit article, le paragraphe 2 de l'article en question exige que la légitimité de ses objectifs soit évaluée au regard de critères tels que: l'indication de l'objectif, les moyens d'atteindre l'objectif, la légalité de l'objectif, et l'adéquation et la justification de l'objectif.

c. *Question n° 7.*

- i. En ce qui concerne cette question, l'Équateur partage l'avis de la Malaisie selon lequel, dans le contexte du "caractère restrictif pour le commerce", la discussion pertinente ne porte pas sur l'existence/l'absence d'une interdiction, ni sur des allégations non étayées d'accroissement des échanges, mais sur la question de savoir si les mesures incriminées restreignent (c'est-à-dire limitent) le commerce. Les mesures en cause (c'est-à-dire la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS) le font clairement et sont donc restrictives pour le commerce".¹

d. *Question n° 8.*

- i. Pour ce qui est du niveau de détail que les pays Membres de l'OMC doivent fournir pour justifier l'application des mesures contestées conformément à l'obligation énoncée à l'article 2.4 de l'Accord OTC, l'Équateur rappelle aux Parties que, dans l'affaire *UE – Sardines*, l'Organe d'appel a déterminé qu'au moins trois éléments principaux devaient être évalués: i) l'existence d'une norme internationale pertinente ou le fait que celle-ci est sur le point d'être mise en forme finale; en d'autres termes, la norme internationale utilisée se rapporte ou est adaptée à un règlement technique; ii) la question de savoir si la norme internationale a été utilisée comme base du règlement technique, c'est-à-dire la vérification qu'il existe un lien très étroit et une relation non contradictoire entre la norme internationale et le règlement technique; et iii) la question de savoir si la norme internationale est inefficace ou inappropriée pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, compte tenu de facteurs climatiques ou géographiques fondamentaux ou de problèmes technologiques fondamentaux.

e. *Question n° 13.*

- i. L'Équateur reconnaît qu'il n'y a, dans la jurisprudence de l'OMC, aucun élément de preuve pouvant être suffisamment pris en considération pour démontrer qu'un Membre adoptant ou appliquant un règlement technique ou une procédure d'évaluation de la conformité a tenu compte des besoins des pays en développement Membres au titre de l'article 12.3 de l'Accord OTC, à l'exception de la "notification volontaire des besoins d'assistance technique et des réponses", adoptée par le Comité OTC en novembre 2005.
- ii. À cet égard, l'existence d'une possible notification concernant les besoins spéciaux, présentée dans le cas d'espèce par la Malaisie, ou les données disponibles relatives à l'économie, à la main-d'œuvre et à d'autres facteurs qui ont une incidence sur l'économie du pays et dont les préceptes ont servi d'éléments de base au moment de l'élaboration d'un règlement technique donné, serviraient de preuve au moment où le pays qui réglemente, l'Union européenne en l'espèce, doit considérer la conformité avec les dispositions de l'article 12 de l'Accord OTC.

f. *Question n° 17.*

- i. L'Équateur affirme qu'il peut être facile de supposer que l'expression "se rapportant à" sous-entend le même soin que celui que les Membres doivent apporter à l'application du critère de la "nécessité". Cela signifie qu'il est tenu compte de l'importance relative de l'intérêt ou de la valeur sociale en jeu, du degré de

¹ (DS600). Malaisie, deuxième communication écrite, paragraphe 103.

contribution et du degré de restriction des échanges pour déterminer si la mesure est nécessaire à la protection de l'objectif légitime choisi par le pays qui réglemente.

- ii. En outre, l'Équateur conclut que, d'après la jurisprudence analysée, les caractéristiques du marché pourraient être importantes pour déterminer la portée d'une mesure à la lumière de l'article XX g) du GATT, et que, contrairement aux mesures incompatibles avec le GATT qui pourraient être justifiées au titre de l'article XX a) et b), une mesure imposée au titre de l'exception prévue à l'alinéa g) du même article revêt un caractère de précaution. De même, l'Équateur conclut que, bien que l'analyse d'une mesure doive tenir compte de certains critères d'évaluation tels que ceux décrits plus haut, il est également important de se rappeler que les objectifs légitimes à protéger et les effets sur le commerce d'une mesure contestée au titre des exceptions prévues à l'article XX du GATT doivent être examinés au cas par cas.

ANNEXE C-7**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE L'INDONÉSIE****I. INTRODUCTION**

1. Dans l'affaire DS593, l'Indonésie a contesté des mesures similaires dans le cadre d'allégations similaires. Toutefois, les arguments et éléments de preuve qu'elle a présentés dans le différend DS593 ne sont pas les mêmes que ceux qui sont avancés par la Malaisie dans le différend DS600. Elle demande au Groupe spécial de garder à l'esprit ces différences.

2. Au cours de la dernière décennie, l'Indonésie a pris des mesures efficaces en matière de développement durable, de prévention de la déforestation et d'atténuation du changement climatique. Ces mesures comprennent un moratoire permanent sur la conversion de forêts et tourbières primaires, qui a permis de protéger 66 millions d'hectares de ces forêts et tourbières. Malgré les prix élevés de l'huile de palme, la déforestation en Indonésie en 2021 a reculé jusqu'à représenter moins de 5% de ses niveaux historiques. D'ici à 2030, l'Indonésie entend par ailleurs restaurer 2 millions d'hectares de tourbières et réhabiliter 5,3 millions d'hectares de terres dégradées. Les mesures de l'Indonésie ont déjà permis de réduire notablement les émissions de gaz à effet de serre ("GES") dues à l'utilisation des terres et des forêts, soit 40,9% de moins en 2019 par rapport à 2015, et d'atteindre le taux de déforestation le plus faible des 20 dernières années. En adoptant les mesures en cause dans la présente procédure, l'Union européenne ne tient pas compte des engagements importants pris par les pays en développement Membres, comme l'Indonésie, ni des résultats effectifs ainsi obtenus.

II. LES MESURES NE S'ACCOMPAGNENT PAS D'UNE EXPLICATION OBJECTIVE ET COHÉRENTE

3. Du fait de la limite de 7% et du plafond et de l'élimination progressive pour risque élevé de changements indirects dans l'affectation des sols ("CIAS"), l'Union européenne limite et même exclut l'utilisation de biocarburant produit à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, en particulier de biocarburant dérivé du palmier à huile, dans le secteur des transports de l'UE.

4. L'Indonésie convient avec la Malaisie que les mesures en cause ne s'accompagnent pas d'une explication objective et cohérente, y compris de leur fondement scientifique. Le Groupe spécial devrait par ailleurs tenir dûment compte de ce que l'Union européenne a admis, s'agissant des défauts de la modélisation des CIAS ainsi que de son incapacité à fournir une base objective et cohérente pour la détermination des émissions de GES liées aux CIAS et leur imputation au biocarburant utilisé dans l'UE.

5. L'Indonésie affirme que l'article 11 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémoire d'accord") exige du Groupe spécial qu'il examine si *tous* les éléments de preuve qui lui sont présentés, considérés ensemble, constituent une base raisonnable à l'appui de l'affirmation avancée par l'une ou l'autre des parties. Cela peut inclure, mais pas exclusivement, des preuves scientifiques. En ce qui concerne les preuves scientifiques, le Groupe spécial a pour tâche d'examiner si elles ont la rigueur scientifique et méthodologique nécessaire pour être considérées comme des données scientifiques dignes de foi selon les critères de la communauté scientifique compétente, ainsi que la mesure dans laquelle leur utilisation à l'appui des mesures en cause est "objecti[ve] et cohérent[e]". Il n'est pas suffisant que le défendeur ait pu présenter quelques preuves scientifiques rendant compte d'une opinion minoritaire pour que le Groupe spécial soit convaincu que ces éléments de preuve étayent les allégations de cette partie.

6. Premièrement, l'Indonésie partage entièrement l'avis de la Malaisie selon lequel les mesures spécifiques en cause servent les intérêts protectionnistes de l'UE. Si le Groupe spécial estime néanmoins qu'elles poursuivent un objectif légitime, dans la meilleure des hypothèses, leur seule justification a trait au contre-balancement des réductions d'émissions de GES nettes par les émissions de GES liées aux CIAS alléguées. Ainsi, la justification alléguée pour les mesures spécifiques en cause a trait aux réductions d'émissions de GES. Elle ne concerne *pas* les CIAS, au sens d'effets indirects, en tant que tels. Les mesures en cause portent sur les émissions de GES liées

aux CIAS alléguées que l'Union européenne impute au biocarburant dérivé du palmier à huile. Toutefois, l'Union européenne admet que les émissions de GES liées aux CIAS ne peuvent pas avoir de lien de causalité avec la demande de biocarburant dans l'UE, ni être autrement corrélées avec celle-ci. Elles ne peuvent pas non plus être mesurées ni quantifiées. Seules les émissions de GES liées à des changements directs dans l'affectation des sols ("CDAS") existent concrètement dans la réalité.

7. Deuxièmement, l'Union européenne accepte un risque important d'émissions de GES liées aux CIAS – aucune atténuation n'est nécessaire pour faire en sorte que les émissions liées à l'utilisation, par exemple, de biocarburant à base d'huile de colza, dans la limite de 7%, excèdent les émissions provenant de l'utilisation de combustibles fossiles. Tous les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses présentent, selon l'Union européenne, un risque de CIAS important. Il peut être utilisé jusqu'à 7% de ces biocarburants *autres que* le biocarburant dérivé du palmier à huile. Ces 7% n'ont aucun lien avec ce risque; en revanche, ils sont apparemment fondés sur le besoin de protéger les investissements. En outre, dans la détermination du risque d'émissions de GES liées aux CIAS en ce qui concerne l'huile de palme, il n'y a aucune explication quant à la manière dont le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS tiennent compte du risque qui peut être déjà traité au moyen de la limite de 7%.

8. Troisièmement, contrairement à l'approche adoptée dans le Règlement délégué consistant à examiner chaque culture séparément, il n'y a pas de lien de causalité entre la culture utilisée pour produire du biocarburant de l'UE et la culture déplacée pour laquelle de nouvelles terres pourraient être défrichées. Les émissions de GES liées aux CIAS alléguées sont donc des émissions de GES liées aux CDAS en rapport avec la culture d'autres produits agricoles, *non* utilisés pour répondre à la demande de biocarburant (de l'UE), quel que soit l'endroit où ils sont cultivés dans le monde. La question de savoir si ces émissions de GES liées aux CDAS et le déplacement supposé se produisent ou non peut dépendre de différents facteurs. En outre, il n'y a pas de lien de causalité entre le pays dans lequel la culture utilisée pour fabriquer du biocarburant est produite, et le pays dans lequel de nouvelles terres pourraient être défrichées. De même, il n'y a pas de lien de causalité entre la culture utilisée pour fabriquer du biocarburant destiné au marché de l'UE et la culture pour laquelle de nouvelles terres pourraient être défrichées. En fait, la logique de l'Union européenne sous-entend que, si du colza cultivé dans l'UE est réorienté vers la production d'ester méthylique de colza ("EMC") pour une utilisation dans l'UE, il ne peut plus servir à des fins alimentaires ni à la fabrication de biocarburant destiné à des États non membres de l'UE. Pour satisfaire à cette demande, des CDAS peuvent survenir n'importe où aux fins de la production d'une autre culture, comme le palmier à huile, ou de la même culture destinée à une utilisation différente. Les émissions de GES résultant de ces changements dans l'affectation des sols sont, d'après l'Union européenne, des émissions de GES liées aux CIAS. Selon la logique de l'Union européenne, elles devraient être imputées à l'EMC consommé dans l'Union européenne, et non à l'EMC consommé ou produit ailleurs, ou aux denrées alimentaires consommées ou produites n'importe où. Dans cet exemple, l'EMC donnant lieu à des émissions de GES liées aux CDAS en rapport avec la culture de palmiers à huile devrait être considéré comme présentant un risque élevé de CIAS. De plus, les changements dans l'affectation des sols qui sont occasionnés par la demande dans d'autres secteurs que ceux des cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, comme ceux du bois d'œuvre ou du pacage de bovins, constituent fréquemment une étape intermédiaire avant le début de l'utilisation de terres qui étaient auparavant couvertes de forêts primaires, en vue de la production de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale. Si tout déplacement a lieu, rien ne permet de supposer que le palmier à huile sera cultivé en Indonésie (ou dans d'autres pays tropicaux) pour répondre à la demande de produits destinés à l'alimentation humaine ou animale.

9. Quatrièmement, les mesures spécifiques en cause sont prises au mépris total de la dette climatique historique de l'Union européenne et en partant de l'hypothèse gratuite que des pays comme la Malaisie et l'Indonésie, qui sont également parties à l'Accord de Paris, ne prennent aucune mesure visant à prévenir la déforestation, à protéger et restaurer les tourbières, et à réduire les émissions de GES.

10. Cinquièmement, l'Union européenne n'explique pas comment la modélisation des CIAS, et non les préférences du Parlement européen et l'intérêt que celui-ci porte à la protection des investissements dans le pays d'origine, fournit le fondement de la limite de 7%. Le rejet du fondement scientifique de la limite de 7% est implicite compte tenu de l'adoption par l'Union européenne d'une nouvelle méthode pour imposer le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS. En fait, l'impossibilité de modéliser avec précision les CIAS, en raison

d'incertitudes paramétriques, a déjà été reconnue par la Commission européenne dans l'analyse d'impact portant sur la Directive 2015/1513. L'Indonésie estime que, si l'Union européenne voulait traiter les émissions de GES liées aux CIAS en adoptant la limite de 7%, mais qu'elle a admis par la suite que le fondement de cette mesure était erroné, ce qui l'a incité à chercher une autre méthode, alors la limite de 7% ne devrait pas être maintenue.

III. FONCTIONNEMENT DES MESURES EN CAUSE ET DU MARCHÉ DES BIOCARBURANTS DE L'UE

11. Les objectifs de l'UE en matière d'énergie renouvelable sont essentiellement à l'origine de la création du marché des biocarburants dans l'Union européenne. Il n'existe pas de demande de biocarburant qui ne puisse pas être comptabilisée aux fins de la réalisation de ces objectifs. En l'absence d'objectifs impératifs de l'UE en matière d'énergie renouvelable, le biocarburant restera non compétitif sur le marché des carburants destinés aux transports dans un avenir prévisible. L'Union européenne n'a pas présenté d'éléments de preuve du contraire. L'objectif de 14% crée des débouchés pour le biocarburant en vue de sa mise sur le marché des énergies renouvelables de l'UE dans le secteur des transports. L'Union européenne l'admet. La limite de 7% restreint ces possibilités de concurrence pour les biocarburants dérivés de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale. En outre, en raison du plafond et de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, ces possibilités de concurrence doivent disparaître pour le biocarburant dérivé du palmier à huile. C'est le modèle réglementaire choisi par l'Union européenne.

12. L'Indonésie estime qu'une évaluation de la gamme des produits similaires doit être axée sur les produits présents *sur le marché du Membre qui réglemente*. Ce marché est celui sur lequel les mesures en cause sont appliquées. Le choix des produits similaires par le plaignant est directement lié à ce marché pertinent.

13. Étant donné que la limite de 7% "marque le moment auquel toute incitation en faveur des biocarburants découlant de la politique de l'UE en matière d'énergies renouvelables devrait prendre fin" et qu'il n'y a pas de possibilités de concurrence pour les biocarburants sur le marché de l'UE sans ces incitations, la limite de 7% ainsi que le plafond pour risque élevé de CIAS et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS affectent les possibilités de concurrence des biocarburants dérivés de cultures destinées à l'alimentation humaine et animale, et spécifiquement celles du biocarburant dérivé du palmier à huile qui est progressivement éliminé du marché de l'UE.

IV. DEFINITION D'UN REGLEMENT TECHNIQUE ET D'UNE PROCEDURE D'EVALUATION DE LA CONFORMITE

A. La limite de 7% et le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS énoncent les caractéristiques de produit du biocarburant

14. Les parties sont en désaccord sur la question de savoir si la limite de 7% et le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des règlements techniques.

15. Premièrement, l'Indonésie souscrit à la position de la Malaisie et affirme que la composition du (bio)carburant est une caractéristique de produit. Un document énonçant la composition du (bio)carburant relève de la définition d'un règlement technique. Dans la présente affaire, l'article 26 de la Directive RED II et le Règlement délégué prescrivent que le biocarburant *non* produit à partir de cultures destinées à l'alimentation humaine ou animale ne soit pas soumis à la limite de 7%, ni au plafond et à l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS. Ces dispositions énoncent des prescriptions qui s'appliquent seulement en raison et en fonction de la composition du produit, à savoir le biocarburant. En conséquence, le Groupe spécial n'a pas besoin d'examiner plus avant l'argument subsidiaire de la Malaisie selon lequel le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS énoncent des procédés et méthodes de production connexes. Par ailleurs, l'Indonésie partage l'avis de la Malaisie selon lequel, pour déterminer si une mesure constitue un règlement technique, la question de savoir si cette mesure empêche ou non les produits considérés d'entrer sur le marché de l'UE est dénuée de pertinence. Elle affirme en outre qu'il ne peut être appliqué aucune condition qui imposerait effectivement à la partie plaignante la charge de montrer de quelle manière une mesure affecte le commerce, afin de démontrer que cette mesure est un règlement technique.

16. Deuxièmement, à supposer que le Groupe spécial ne souscrive pas à l'opinion selon laquelle le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS énoncent une caractéristique de produit, il devrait examiner l'argument subsidiaire de la Malaisie. En particulier, il apparaît que la Malaisie fait valoir que, même lorsqu'un procédé et une méthode de production ne modifient pas les caractéristiques *physiques* du produit considéré, ils peuvent quand même se "rapporter" à d'autres caractéristiques de ce produit. L'Indonésie affirme que la jurisprudence disponible indique qu'il faut donner un sens large à l'expression "caractéristiques d'un produit" et que celle-ci ne se limite pas strictement aux caractéristiques physiques d'un produit. Si le Groupe spécial identifiait un processus et une méthode de production et souscrivait à cette interprétation de l'expression "caractéristiques d'un produit", il pourrait considérer qu'il existe un lien suffisant parce que le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS déterminent si le biocarburant peut être utilisé en fonction du mode de production de l'huile de palme, lequel a un lien, d'après les allégations, avec les émissions de GES liées à cette production de ce produit et au biocarburant dérivé de ce produit.

B. La certification de faible risque de CIAS est une procédure d'évaluation de la conformité qui est incomplète

17. Le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS ainsi que la limite de 7%, visés à l'article 26 de la Directive RED II, sont des règlements techniques. Le premier règlement technique limite le biocarburant dérivé du palmier à huile et l'exclut en fin de compte du marché de l'UE en raison de sa composition, c'est-à-dire parce qu'il contient de l'huile de palme. Le biocarburant dérivé du palmier à huile, produit à partir d'un rendement additionnel (uniquement) du palmier à huile, peut être exempté de cette mesure et répondre ainsi aux conditions requises pour être utilisé dans la limite de 7% (le deuxième règlement technique), à condition que les critères énoncés aux articles 4 et 5 du Règlement délégué soient remplis et qu'une assurance positive de la conformité soit établie. La certification est la procédure obligatoire à suivre à cette fin. La procédure d'évaluation de la conformité en cause reste incomplète et, contrairement à ce que fait valoir l'Union européenne, aucune certification de faible risque de CIAS ne peut être obtenue.

V. CRITERE JURIDIQUE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

18. L'Indonésie estime que le critère juridique à appliquer pour évaluer les mesures en cause au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 n'est pas exactement le même. En particulier, contrairement au cas de l'article 2.1 de l'Accord OTC, il n'est pas nécessaire, aux fins de l'article III:4 du GATT de 1994, d'évaluer si un effet préjudiciable sur les possibilités de concurrence des produits importés similaires découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. L'argument de l'Union européenne, selon lequel, au titre de l'article 2.1 (semblable à l'article III:4), une mesure n'accorde pas un "traitement moins favorable" si elle modifie les conditions de concurrence pour des raisons autres que l'origine, a été précédemment rejeté par l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle* et *États-Unis – Thon II (Mexique)*. L'Indonésie affirme qu'il n'y a aucune raison de réexaminer l'interprétation bien établie des critères relatifs au traitement non moins favorable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994.

19. L'Indonésie affirme aussi que l'essence du critère de la distinction réglementaire légitime au titre de l'article 2.1 est que, lorsqu'un règlement technique a un effet préjudiciable sur les conditions de concurrence des produits importés sur le marché, il est approprié, afin de protéger le droit de chaque Membre de l'OMC de réglementer, de vérifier si néanmoins cet effet préjudiciable *découle exclusivement* d'une distinction réglementaire légitime, appliquée d'une manière impartiale. En d'autres termes, un effet préjudiciable sur les conditions de concurrence qui *ne peut pas être entièrement expliqué* d'après la distinction réglementaire légitime alléguée doit être éliminé. Il apparaît que l'Union européenne interprète le critère énoncé à l'article 2.2 comme étant celui de l'article 2.1, et qu'elle fusionne essentiellement ces deux critères. L'Indonésie ne souscrit pas à cette approche. À l'article 2.1 de l'Accord OTC, l'impartialité est le concept central. Dans le cadre de l'examen de l'impartialité de la mesure, un groupe spécial *peut* tenir compte de l'objectif de celle-ci. Même lorsque l'objectif est considéré comme légitime au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC, il n'est pas déterminant pour la question de la légitimité de la distinction réglementaire. En l'espèce, l'absence d'une explication cohérente et objective des distinctions faites par l'Union européenne, sans qu'il soit nécessairement examiné de manière très détaillée l'objectif ou les objectifs de ces mesures, indique très nettement que les mesures en cause ne sont pas impartiales au sens de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

VI. CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE XI:1 DU GATT DE 1994 ET RESTRICTIONS A L'IMPORTATION D'HUILE DE PALME DANS L'UNION EUROPEENNE

20. Abstraction faite de la nécessité pour le Groupe spécial de garder à l'esprit les différences importantes entre l'argumentation de la Malaisie au titre de l'article XI:1 dans la présente procédure et l'argumentation de l'Indonésie dans l'affaire DS593, l'Indonésie affirme que, lorsqu'une mesure intérieure est la mesure au moyen de laquelle un Membre de l'OMC met en application une prohibition ou une restriction à l'importation d'un produit qui n'est pas et *ne peut pas être produit* dans le pays, elle relève de l'article XI:1. Premièrement, des groupes spéciaux antérieurs de l'OMC ont reconnu qu'"il y [avait] des circonstances dans lesquelles des mesures spécifiques [pouvaient] avoir des effets très divers" et que "[d]ans certaines circonstances, elles [pouvaient] avoir une incidence concernant à la fois les conditions d'importation d'un produit et les conditions de concurrence des produits importés sur le marché intérieur au sens de l'article III:4". Deuxièmement, il n'est pas non plus contesté que, comme le confirme la jurisprudence de l'OMC, la mesure d'un Membre peut comporter des aspects relevant de l'article XI et d'autres aspects relevant de l'article III, et que des circonstances particulières peuvent justifier l'application à la fois de l'article III et de l'article XI à la même mesure. Ces circonstances particulières existent en l'espèce, étant donné que l'huile de palme *ne peut pas être produite dans le pays et est exclusivement importée* dans l'Union européenne.

21. L'Indonésie ne partage pas l'avis de l'Union européenne selon lequel le fait que l'huile de palme soit aussi importée pour d'autres usages est une considération pertinente au titre de l'article XI:1. Elle affirme que le fait que l'huile de palme ne sera plus importée en vue de son utilisation *dans le secteur des biocarburants*, en raison du plafond et de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, est suffisant pour établir une infraction à l'article XI:1. Dans la présente affaire, des éléments de preuve indiquent que le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS aboutiront "à une baisse des importations nettes d'huile de palme dans l'UE".

VII. LES MOYENS DE DEFENSE DE L'UNION EUROPEENNE CONCERNANT LES MESURES EN CAUSE DOIVENT TOMBER

22. L'Indonésie estime que, lorsqu'un Membre de l'OMC s'appuie sur plus d'un alinéa de l'article XX du GATT de 1994, il doit s'acquitter de la charge de la preuve pour chacun de ces alinéas et le texte introductif eu égard à l'alinéa sur lequel il s'est appuyé. Dans des affaires antérieures, un défendeur a fait parfois valoir qu'une mesure était justifiée au regard, par exemple, des deux alinéas b) et g). Dans ces cas de figure, les groupes spéciaux ont examiné séparément chaque moyen de défense.

23. L'Union européenne demande au Groupe spécial de procéder à une seule évaluation au titre des alinéas a), b) et g) de l'article XX parce que le même critère permettant d'examiner le lien requis entre les mesures et leur(s) objectif(s) s'applique au titre de chaque alinéa. L'Indonésie s'oppose à cette interprétation. Le texte des différents alinéas de l'article XX du GATT de 1994 emploie des termes distincts pour expliquer le lien requis entre une mesure et les différents objectifs légitimes reconnus au titre de l'article XX. En outre, la position de l'Union européenne n'est pas fondée sur une interprétation correcte du sens ordinaire à donner à l'expression "nécessaires à" dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but. C'est la stratégie de l'Union européenne dans le présent différend qui suscite des inquiétudes quant au contournement des conditions énoncées à l'article XX. Par ailleurs, l'Union européenne a tort de prétendre que le sens des expressions "nécessaires" et "se rapportant à" a été amalgamé dans la jurisprudence, comme l'atteste le fait que l'Organe d'appel a examiné d'autres mesures qui auraient pu être prises au titre du texte introductif. En résumé, la nécessité appelle une évaluation de la question de savoir si une mesure différente aurait pu être prise, alors que le texte introductif est axé sur la question de savoir si la mesure prise aurait pu être appliquée différemment. Ces critères ne devraient pas être amalgamés.

24. L'Union européenne fait valoir qu'il n'y a pas de limitation territoriale explicite ou implicite à l'article XX et que, parce que le changement climatique et la biodiversité sont des phénomènes mondiaux, chaque Membre a un intérêt légitime à lutter contre le changement climatique afin de préserver des conditions météorologiques prévisibles et la biodiversité. L'Indonésie estime que le Groupe spécial n'a pas besoin d'adopter une position générale sur la question de savoir s'il y a ou non une limitation territoriale ou de juridiction à l'article XX du GATT de 1994 ou à l'article 2.2 de l'Accord OTC. En revanche, cette question doit être examinée dans le contexte des objectifs spécifiques sur lesquels l'Union européenne s'appuie dans la présente procédure. En outre, dans le cadre de l'article XX du GATT de 1994, la question doit être traitée en ce qui concerne les alinéas

spécifiques de l'article XX invoqués par l'Union européenne. Chacun de ces alinéas doit être interprété d'après son sens ordinaire, lu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'article XX du GATT de 1994, et compte tenu des autres principes d'interprétation des traités relevant du droit international. Les règles pertinentes du droit international reconnaissent qu'il incombe à chaque Membre de l'OMC de rendre compte des émissions et absorptions de GES qui se produisent sur son propre territoire et d'agir aux fins de la protection des ressources naturelles sur son territoire. Dans l'état actuel du droit international, la réponse aux préoccupations communes de l'humanité, concept invoqué par l'Union européenne, ne peut pas être apportée par des États agissant de manière indépendante, mais exige au contraire une coopération. C'est l'exact opposé de mesures unilatérales non coordonnées prises pour traiter ces préoccupations.

25. Il incombe au Groupe spécial de procéder à une évaluation indépendante et objective de l'objectif ou des objectifs de la mesure et d'examiner tous les éléments de preuve qui lui ont été présentés. L'objectif protectionniste du plafond et de l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, ainsi que de la limite de 7%, est démontré par les éléments de preuve, considérés ensemble, qui se rapportent aux points suivants: i) les efforts déployés depuis longtemps par l'Union européenne pour limiter les importations de biocarburant dérivé du palmier à huile, entre autres choses, au moyen d'obstacles au commerce illicites, ii) l'historique législatif de la mesure et les intentions affichées par le Parlement européen, iii) la conception et la structure des mesures, et iv) les mesures prises afin de préserver l'accès au marché pour les partenaires commerciaux importants de l'UE qui exportent des produits à base de soja.

26. L'Indonésie convient par ailleurs avec la Malaisie que les mesures ne visent pas à remédier à la perte de biodiversité ni à protéger la moralité publique de l'UE. La description générale de la légitimité des objectifs de politique générale de l'Union européenne n'a aucun lien avec la limite de 7%, ni avec le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS. En particulier, l'Union européenne n'a pas démontré que le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS étaient destinés à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux face aux risques qui pouvaient résulter de la perte de biodiversité, ni si, ou de quelle manière, les mesures permettaient de protéger la moralité publique de l'UE. En fait, le plafond et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS, eu égard aux critères permettant de déterminer les matières premières à risque élevé de CIAS et des critères pour la certification de faible risque de CIAS, ne tiennent même pas compte du fait qu'il se peut également que la biodiversité soit absente d'une zone riche en carbone. Enfin, l'Union européenne n'a pas établi la teneur de la moralité publique de l'UE sur laquelle elle s'appuie. Rien dans le texte de la Directive RED II ne fait référence à la protection de la moralité publique de l'UE.

ANNEXE C-8**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DU JAPON****I. INTRODUCTION**

1. Le Japon se félicite d'avoir la possibilité d'exposer ses vues en tant que tierce partie au présent différend. Il participe à la présente affaire en raison de l'intérêt systémique que revêtent pour lui l'interprétation et l'application correctes et constantes de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC"), de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994") et de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC"). Il ne prend pas position sur les faits particuliers présentés par les parties.

II. LES PMP "S'Y RAPPORTANT" SONT CEUX QUI SE RAPPORTENT AUX CARACTÉRISTIQUES D'UN PRODUIT

2. L'expression "procédés et méthodes de production s'y rapportant" figurant dans la première phrase de l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC doit être interprétée comme faisant référence aux procédés et méthodes de production ("PMP") qui se rapportent aux caractéristiques d'un produit. L'expression "s'y rapportant" établit un lien entre les PMP et les caractéristiques d'un produit. Seuls les PMP qui se rapportent aux caractéristiques du produit sont visés par l'expression "procédés et méthodes de production s'y rapportant". Comme cela a été confirmé dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, ces PMP doivent avoir un lien suffisant avec les caractéristiques d'un produit.¹ En outre, le Groupe spécial devrait examiner dans quelle mesure la deuxième phrase de l'Annexe 1.1 serait nécessaire s'il était permis que tous les PMP relèvent de la première phrase de l'Annexe 1.1. La raison en est que la terminologie, les symboles, les prescriptions en matière d'emballage, de marquage ou d'étiquetage, applicables à un procédé ou à une méthode de production donnés, seraient déjà visés par cette première phrase.

3. Si le Groupe spécial constate en définitive que les mesures contestées ne prescrivent pas de PMP ou que, si elles le font, ces PMP n'ont pas un lien suffisant avec les caractéristiques des biocarburants ou des matières premières, il devrait conclure que les mesures n'énoncent pas de "procédés et méthodes de production s'y rapportant".

III. ÉVALUATION DE LA LÉGITIMITÉ DE LA DISTINCTION RÉGLEMENTAIRE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

4. L'évaluation au titre du critère en deux étapes² concernant l'article 2.1 de l'Accord OTC comprend l'examen de la légitimité de la distinction réglementaire établie par le règlement technique. En exposant ce critère, l'Organe d'appel a fait référence, de manière constante, aux distinctions réglementaires qui sont "légitimes". Cette prescription est compatible avec l'article 2.2, qui fait référence à des "objectifs légitimes". Elle est également compatible avec le préambule de l'Accord OTC, qui fournit un contexte pour l'interprétation de l'article 2.1. L'objet et le but de l'Accord OTC, qui sont d'établir un équilibre entre l'objectif de libéralisation du commerce et le droit du Membre de réglementer³, viennent étayer l'affirmation selon laquelle la distinction réglementaire dans le cadre du critère en deux étapes devrait être "légitime".

5. Si l'article 2.1 ne prescrivait pas une évaluation de la légitimité des distinctions réglementaires, les Membres pourraient adopter de telles distinctions pour des raisons arbitraires, par exemple pour protéger leur branche de production nationale. En conséquence, les règlements techniques qui établissent des distinctions arbitraires entre les produits importés et les produits similaires d'origine nationale pourraient échapper aux disciplines de l'article 2.1. Ce serait un résultat déraisonnable.

6. Par conséquent, lorsqu'ils appliquent le critère en deux étapes concernant le traitement moins favorable, les groupes spéciaux peuvent examiner si les objectifs poursuivis par les distinctions

¹ Rapports de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.12.

² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 166 à 182.

³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 174.

réglementaires établies par le règlement technique sont légitimes, en particulier lorsque la légitimité est contestée par le plaignant.

IV. FACTEURS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION LORS DE L'EXAMEN DE LA QUESTION DE SAVOIR SI UN RÈGLEMENT TECHNIQUE ACCORDE UN TRAITEMENT "MOINS FAVORABLE" AU TITRE DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

7. L'article 2.1 de l'Accord OTC interdit aux Membres de l'OMC d'imposer des règlements techniques qui accordent aux produits importés un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires et aux produits similaires en provenance d'autres pays. Les parties conviennent que, pour déterminer si la mesure de l'UE accorde un traitement moins favorable aux biocarburants à base d'huile de palme d'origine malaisienne, le Groupe spécial devrait appliquer le critère en deux étapes, énoncé par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*. Selon ce critère, le Groupe spécial doit d'abord déterminer si le règlement technique contesté modifie les conditions de concurrence au détriment du produit importé par rapport aux produits similaires d'origine nationale ou originaires de tout autre pays. Si le Groupe spécial répond à cette question par l'affirmative, il doit alors "analyser en outre" si tout effet préjudiciable découle exclusivement d'une distinction réglementaire légitime. Aux fins de cette évaluation, le Groupe spécial "doit analyser minutieusement les circonstances propres à l'affaire, à savoir la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique en cause".⁴ Le Japon souscrit à cette approche.

8. La Malaisie conteste la légitimité de la distinction réglementaire établie par la mesure de l'UE (c'est-à-dire le risque élevé de CIAS), en faisant valoir que les CIAS ne peuvent pas être observés ni mesurés, et elle fait valoir en outre que les mesures en cause sont conçues et appliquées de façon à constituer une discrimination arbitraire et injustifiable.⁵ Le Japon sait que l'Organe d'appel a dit ce qui suit: "[s]i nous déterminons que les distinctions réglementaires ... sont conçues ou appliquées de manière à constituer une discrimination arbitraire ou injustifiable, ces distinctions ne pourront pas être considérées comme "légitimes".⁶ De l'avis du Japon, le principal facteur sur lequel un groupe spécial devrait se concentrer pour évaluer le traitement moins favorable est la question de savoir s'il existe un lien raisonnable entre les circonstances objectives de la mesure et ses objectifs de politique générale. Le Japon fera donc porter ses observations sur les arguments de la Malaisie concernant le lien entre la distinction réglementaire constatée dans la mesure et les objectifs de politique générale de celle-ci.

9. Le Japon rappelle que l'Organe d'appel a indiqué que l'évaluation du point de savoir si l'effet préjudiciable découlait exclusivement d'une distinction réglementaire légitime "comporter[ait] [probablement] un examen du lien entre les distinctions réglementaires constatées dans la mesure et les objectifs de politique générale de cette mesure"⁷, bien que "l'examen d'autres facteurs ... [pouvait] aussi être pertinent[] pour l'analyse".⁸ Comme la Malaisie le reconnaît dans sa communication, les effets réels sur le commerce de certains pays résultant de l'imposition de la mesure ne constituent pas l'un des "autres facteurs" à prendre en considération.⁹ Bien qu'il puisse y avoir des circonstances dans lesquelles les produits visés par la mesure réglementaire en cause sont importés principalement d'un ou de plusieurs pays donnés, cet effet disproportionné résultant de la mesure ne doit pas constituer le fondement de l'analyse effectuée lors de la deuxième étape du critère et la discrimination ne doit pas être inférée des effets sur le commerce.

10. Compte tenu de ce qui précède, si le Groupe spécial convient que la mesure contestée est un "règlement technique", le Japon lui demande d'analyser minutieusement la relation entre les circonstances objectives, y compris la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique en cause, et ses objectifs de politique générale.

11. Outre ce point, le Japon souhaite évoquer les facteurs qui devraient être pris en considération

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphes 166 à 182. (en particulier, le paragraphe 182)

⁵ Malaisie, première communication écrite, paragraphes 575, 576 et 583.

⁶ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 340.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.97.

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique)*, paragraphe 7.95.

⁹ Malaisie, première communication écrite, paragraphe 562.

pour déterminer si un traitement "moins favorable" a été accordé. Il rappelle que, pour déterminer si la mesure des États-Unis était "impartiale" dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel a examiné si les différentes conditions d'étiquetage étaient "adaptées" en fonction des risques présentés pour les dauphins, même s'il a admis que la technique de pêche que la mesure était destinée à combattre "[était] particulièrement dommageable pour ces derniers".¹⁰ Par la suite, dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – États-Unis) / États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique II)*, l'Organe d'appel a expliqué que "l'adaptation [était] le moyen d'évaluer si l'effet préjudiciable de la mesure en cause en l'espèce découle[ait] exclusivement d'une distinction réglementaire légitime..."¹¹ L'analyse de l'adaptation devrait comporter un examen du lien rationnel entre les distinctions réglementaires et les objectifs d'une mesure; si elles sont correctement adaptées, ces distinctions réglementaires "n'équivaudront pas à une discrimination arbitraire ou injustifiable ..."¹²

12. Ainsi, le facteur fondamental que le Groupe spécial doit examiner est de savoir s'il existe un lien rationnel entre les distinctions réglementaires établies par la mesure (compte tenu de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure), d'une part, et les objectifs de politique générale de la mesure, d'autre part. Pour ce qui est des mesures concernant la protection de l'environnement, cette analyse devrait tenir compte de différents facteurs pertinents, comme les circonstances de chaque pays, étant donné que la situation peut varier en fonction de la nature des produits, du lieu où ils sont fabriqués et de la manière dont ils sont fabriqués. À cet égard, le Japon tient à souligner que cette évaluation devrait reposer solidement sur des facteurs et éléments de preuve objectifs, y compris la conception, la structure et le fonctionnement de la mesure, et non sur l'intention subjective du Membre imposant la mesure.

V. L'ARTICLE 2.2 NE PERMET PAS AU MEMBRE QUI RÉGLEMENTE DE CONTREBALANCER LES EFFETS RESTRICTIFS SUR LES IMPORTATIONS EN PROVENANCE DE CERTAINS MEMBRES PAR TOUT EFFET D'ACCROISSEMENT DES IMPORTATIONS EN PROVENANCE D'AUTRES MEMBRES

13. D'une manière générale, l'évaluation du caractère restrictif pour le commerce aux fins de l'article 2.2 devrait commencer par la structure objective des mesures, et ce n'est que dans des circonstances limitées que l'effet sur le commerce a été jugé pertinent. L'Organe d'appel a précisé qu'"une modification préjudiciable des possibilités de concurrence [pouvait] aller de soi en ce qui concern[ait] certaines mesures discriminatoires *de jure*, tandis que des éléments de preuve et arguments étayant les effets réels sur le commerce pourraient être requis pour démontrer l'existence et l'étendue du caractère restrictif pour le commerce en ce qui concern[ait] des mesures intérieures non discriminatoires qui répond[aient] à un objectif légitime".¹³ La raison en est que les effets sur le commerce varieront en fonction des conditions du marché. En outre, comme il a été noté dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac*, "il ne sera pas toujours possible de quantifier un facteur particulier analysé au titre de l'article 2.2 ou de le faire avec précision".¹⁴

14. Si une mesure est restrictive pour le commerce en ce qui concerne les produits importés de certains Membres, ce caractère restrictif pour le commerce n'est contrebalancé par aucun effet d'accroissement des échanges concernant les produits importés de certains autres Membres. L'obligation énoncée à l'article 2.2 doit être respectée pour chaque Membre de l'OMC et s'applique à l'égard des produits importés de chaque Membre de l'OMC. Cette position est compatible avec l'approche adoptée dans l'affaire *Australie – Emballage neutre du tabac*. Ces Groupes spéciaux ont constaté qu'"il n'[était] 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 concern[ait] *tous les produits* visés par le règlement technique".¹⁵ En revanche, ils ont estimé qu'un Membre pouvait démontrer l'existence d'une restriction des échanges concernant un produit particulier dont il faisait le commerce, même si les échanges d'un ou de

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 297.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – États-Unis) / États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique II)*, paragraphe 6.13.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – États-Unis) / États-Unis – Thon II (Mexique) (article 21:5 – Mexique II)*, paragraphe 6.13.

¹³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO (article 21:5 – Canada et Mexique)*, note de bas de page 643 relative au paragraphe 5.208. (mise en relief dans l'original)

¹⁴ Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1076.

¹⁵ Rapports des Groupes spéciaux *Australie – Emballage neutre du tabac*, paragraphe 7.1088. (mise en relief dans l'original)

plusieurs autres Membres avaient augmenté.

VI. ARTICLE XX DU GATT DE 1994

15. Dans la présente affaire, il a été soulevé une question au sujet des similitudes et des différences existant entre les critères juridiques relatifs aux expressions "nécessaires", aux alinéas a) et b) de l'article XX du GATT de 1994, et "se rapportant à", à l'alinéa g) de la même disposition.

16. Tout d'abord, le Japon est d'avis que les critères juridiques devraient être déduits de l'interprétation fondée sur le sens ordinaire des termes des dispositions conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, et qu'il n'est pas productif de classer et de comparer ces expressions uniquement d'après leur fonction.

17. Même si les critères "nécessaires" et "se rapportant à" ont tous deux pour fonction de distinguer les mesures qui peuvent être justifiées au regard de l'article XX du GATT de 1994, les deux concepts sont distincts. Par conséquent, les alinéas a) et b) de l'article XX, d'une part, et l'alinéa g), d'autre part, devraient être interprétés comme exigeant une relation différente entre l'objectif de politique générale et la mesure qu'il s'agit de justifier. De fait, dans l'affaire *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel a fait observer ce qui suit: "[i]l ne semble pas raisonnable de supposer que les Membres de l'OMC entendaient exiger, en ce qui concerne chaque catégorie, le même type ou degré de lien ou relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser".¹⁶

18. L'alinéa g) de l'article XX emploie l'expression "relate to" (se rapporter à) qui signifie ordinairement "to have some connection with" (avoir un certain lien avec)¹⁷, et dont le sens a été interprété par l'Organe d'appel.¹⁸ Par ailleurs, l'évaluation de la "nécessité" suppose de soupeser et mettre en balance une série de facteurs, y compris l'importance de la valeur ou de l'intérêt sociétal en jeu, la contribution de la mesure à l'objectif qu'elle poursuit et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure.

19. Bien qu'il puisse y avoir un certain chevauchement des facteurs analysés et que le résultat de l'évaluation puisse être semblable dans certains cas, les deux critères ne sont pas identiques. Par conséquent, le Japon est d'avis que le Groupe spécial est invité à examiner le fondement de la justification au regard de chaque alinéa de l'article XX, y compris le lien entre la mesure en cause et l'intérêt qui est défendu, séparément sur la base d'arguments et éléments de preuve spécifiques pour chaque cas d'espèce.

VII. RECETTES ABANDONNÉES NORMALEMENT EXIGIBLES AU TITRE DE L'ARTICLE 1.1 A) 1) II) DE L'ACCORD SMC

20. Dans des rapports antérieurs de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, il a été constaté que l'exonération, en faveur de certains produits industriels, de taxes d'application générale sous réserve que certaines conditions soient remplies, constituait une contribution financière. Par exemple, dans l'affaire *Canada – Automobiles*, le Groupe spécial et l'Organe d'appel ont examiné une mesure qui exonérait les véhicules automobiles des droits d'importation, lorsqu'ils étaient importés au Canada par des fabricants remplissant certaines conditions, comme une "proportion prescrite" visant à ce qu'une certaine proportion minimale des véhicules automobiles vendus au Canada soit produite dans le pays, ainsi qu'une prescription relative à la valeur canadienne ajoutée ("VCA") visant à maintenir ou à abaisser le niveau de la valeur ajoutée nationale de l'année précédente dans la production de véhicules automobiles.¹⁹ L'Organe d'appel a constaté que cette exonération conditionnelle des taxes à l'importation constituait une contribution financière au sens de l'article premier de l'Accord SMC, en indiquant ce qui suit:

... le Canada a établi un taux de droit NPF de 6,1% qui s'applique normalement aux

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 19.

¹⁷ Oxford English Dictionary, www.oed.com, "relating [to]", verbe, sens 6.a.

¹⁸ Rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.90 ("pour qu'une mesure "se rapporte à" la conservation au sens de l'article XX g), il doit y avoir "une relation étroite et véritable [pour ce qui est de] la fin et [d]es moyens" entre cette mesure et l'objectif de conservation du Membre qui la maintient").

¹⁹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 9.

importations de véhicules automobiles. Si ce n'était de l'exemption des droits d'importation, ce droit serait acquitté pour les importations de véhicules automobiles. Ainsi, en raison de la mesure en cause, le gouvernement du Canada a "renoncé à un droit de se procurer des recettes qu'il aurait "normalement pu se procurer", pour reprendre les termes que nous avons utilisés dans l'affaire *États-Unis – FSC*. Plus précisément, avec l'exemption des droits d'importation, le Canada n'a pas tenu compte du "point de référence normatif défini" qu'il s'était lui-même fixé en ce qui concerne les droits d'importation applicables aux véhicules automobiles selon son taux NPF normal et, ce faisant, il a renoncé à des "recettes publiques normalement exigibles".²⁰

21. En conséquence, si une taxe normalement exigible est abandonnée lorsque certains objectifs de production nationale et/ou de valeur ajoutée sont atteints, cela constitue une contribution financière des pouvoirs publics au sens de l'article premier.

22. Dans un différend ultérieur, l'Organe d'appel a établi les trois étapes d'analyse ci-après, aux fins de la comparaison entre le traitement fiscal qui s'applique aux bénéficiaires allégués de subventions et le traitement fiscal de revenus comparables de contribuables se trouvant dans des situations comparables: 1) identifier le traitement fiscal qui s'applique aux revenus des bénéficiaires allégués; 2) identifier un point de repère aux fins de comparaison – c'est-à-dire le traitement fiscal de revenus comparables de contribuables se trouvant dans des situations comparables; et 3) comparer les raisons du traitement fiscal contesté avec le traitement fiscal servant de point de repère qui a été identifié après une analyse minutieuse du régime d'imposition d'un Membre.²¹

VIII. FACTEURS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION LORS DE L'EXAMEN DES EFFETS DES SUBVENTIONS AU TITRE DES ARTICLES 5 ET 6.3 DE L'ACCORD SMC

23. La Malaisie allègue que la réduction de la taxe française sur les carburants constitue une subvention pouvant donner lieu à une action au sens de l'article 5 c) de l'Accord SMC. En particulier, la Malaisie fait valoir que la réduction de la taxe française sur les carburants a pour effet des pertes notables de ventes d'huile de palme, comme matière première des biocarburants, et de biocarburant dérivé du palmier à huile en provenance de Malaisie, au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC.²² L'UE fait valoir que la mesure française n'est pas une subvention et n'est pas spécifique au sens de l'article 2 de l'Accord SMC et que, de plus, la Malaisie n'a pas démontré que la mesure lui avait causé des effets défavorables sous la forme d'un préjudice grave porté à ses intérêts au sens de l'article 6.3 a) et 6.3 c) de l'Accord SMC. Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1677 à 1679.²³

24. Le Japon demande au Groupe spécial d'examiner la nature, la conception et le fonctionnement de la subvention en cause lors de l'examen de l'effet de la subvention. L'Organe d'appel a souligné à maintes reprises la pertinence de la nature des subventions pour l'analyse du lien de causalité. Par exemple:

- Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, l'Organe d'appel a souligné dans une partie dispositives de son rapport que "[l]a nature d'une subvention jou[ait] un rôle important dans toute analyse du point de savoir si la subvention [avait] pour effet un empêchement notable de hausses de prix au titre de l'article 6.3 c)".²⁴
- Dans l'affaire *CE – Aéronefs civils gros porteurs*, l'Organe d'appel a estimé que, pour déterminer si la subvention avait pour effet l'une des situations décrites à l'article 6.3 de l'Accord SMC:

Il [pouvait] être nécessaire de déterminer le caractère approprié d'une méthode particulière au cas par cas, en fonction d'un certain nombre de facteurs et de circonstances factuelles tels que la nature, la conception et le fonctionnement

²⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Automobiles*, paragraphe 91. (notes de bas de page omises)

²¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Aéronefs civils gros porteurs (2^{ème} plainte)*, paragraphes 811 à 814.

²² Malaisie, première communication écrite, paragraphe 1167.

²³ Union européenne, première communication, paragraphes 1677 à 1679.

²⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 450.

des subventions en cause, les phénomènes sur le marché allégués et la mesure dans laquelle les subventions [étaient] accordées en ce qui concern[ait] un ou des produits particuliers, entre autres choses".²⁵

25. La pertinence de la nature, de la conception et du fonctionnement des subventions peut être illustrée par les exemples qui suivent. Le Japon estime que, dans les cas où certaines subventions ont des effets positifs non seulement sur les bénéficiaires mais aussi sur toute entité privée dans la branche de production pertinente, il peut être constaté qu'elles ne causent pas un dommage grave en fonction des circonstances factuelles, y compris leur "nature", comme l'a montré l'affaire *États-Unis – Coton upland*. Par exemple, il est probable que les activités de recherche-développement menées par une entreprise commerciale génèrent des retombées technologiques dans la branche de production pertinente ou dans d'autres branches de production. L'octroi de subventions à ces activités en contrepartie de ces retombées permettront de porter ces activités à leur niveau optimal. Ces subventions permettent d'assurer le bon fonctionnement du marché concurrentiel et n'y nuisent pas.

26. Au contraire, si des éléments de preuve montraient que les acteurs n'ont pas besoin d'agir sur la base de considérations d'ordre commercial en raison des subventions qu'ils reçoivent, cela indiquerait clairement que les conditions de concurrence sur le marché sont faussées et que, par conséquent, il peut être constaté qu'il y a un effet défavorable.

27. Ainsi, le Groupe spécial devrait examiner la nature, la conception et le fonctionnement de la réduction de la taxe française sur les carburants lorsqu'il examinera l'effet de la subvention et, en particulier, qu'il déterminera si la subvention contestée a pour effet de faire perdre des ventes *dans une mesure notable* au sens de l'article 6.3 c) de l'Accord SMC.

IX. CONCLUSION

28. Le Japon a l'espoir que sa contribution dans la présente affaire sera utile au Groupe spécial pour l'évaluation de la question dont il est saisi et pour l'élaboration d'interprétations juridiques des dispositions pertinentes de l'Accord OTC, du GATT de 1994 et de l'Accord SMC.

²⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE et certains États membres – aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1376.

ANNEXE C-9**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE LA RÉPUBLIQUE DE CORÉE*****I. Introduction**

1. Monsieur le Président, Madame et Monsieur les membres du Groupe spécial, la République de Corée ("Corée") se félicite d'avoir la possibilité de participer en tant que tierce partie au présent différend et d'exposer ses vues au Groupe spécial.

2. Avant de prononcer sa déclaration orale dans le cadre du présent différend, la Corée tient à exprimer sa profonde préoccupation concernant l'incapacité de l'Ukraine à participer pleinement au système de règlement des différends de l'OMC, y compris en tant que tierce partie. Le gouvernement coréen se joint aux autres intervenants pour condamner fermement l'invasion armée lancée par la Russie contre l'Ukraine, qui constitue une violation des principes de la Charte des Nations Unies et du droit international. L'usage de la force qui fait des victimes innocentes ne peut en aucun cas se justifier. La souveraineté, l'intégrité territoriale et l'indépendance de l'Ukraine devraient être respectées. Nous partageons en outre les profondes inquiétudes de la communauté internationale devant l'évolution de la situation humanitaire en Ukraine.

3. Je vais maintenant passer à la déclaration de la Corée. La Corée intervient en tant que tierce partie en raison de l'intérêt systémique que revêt pour elle l'interprétation correcte des dispositions des Accords de l'OMC en cause dans le présent différend.

4. Dans sa déclaration, la Corée traitera les questions concernant l'article 2.2 de l'Accord OTC. Toutefois, nous tenons à souligner que la Corée se limitera à formuler des observations sur les questions de droit et qu'elle ne prend pas position sur l'ensemble du différend entre la Malaisie et l'Union européenne.

II. Article 2.2 de l'Accord OTC

5. La Malaisie affirme que certaines mesures de l'UE sont incompatibles avec l'article 2.2 de l'Accord OTC étant donné que: i) la limite de 7%, le plafond pour risque élevé de changements indirects dans l'affectation des sols ("CIAS") et l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS sont des "règlements techniques"; ii) ces mesures sont restrictives pour le commerce; iii) elles remplissent leurs objectifs allégués jusqu'à un point qui est très difficile, voire impossible, à déterminer et, en tout cas, très limité; et iv) enfin, en tout état de cause, elles sont "plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire".¹

6. L'Union européenne affirme que, même si le Groupe spécial constatait que les mesures en cause sont des règlements techniques, l'allégation de la Malaisie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC ne serait pas retenue parce que les mesures en cause poursuivent des objectifs légitimes et qu'elles ne sont pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire.²

7. Des groupes spéciaux antérieurs ont constaté que i) la question de savoir si les mesures en cause poursuivaient l'objectif légitime et ii) la question de savoir si elles n'étaient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'était nécessaire (c'est-à-dire le critère de la nécessité) devraient être prises en considération dans l'évaluation de l'incompatibilité avec l'article 2.2.³ La Corée examinera ces points un par un.

8. En ce qui concerne les objectifs légitimes, la Corée fait observer que le Groupe spécial devrait d'abord identifier l'objectif poursuivi par une mesure indiquée par le Membre, et ensuite déterminer

* La République de Corée a demandé que sa déclaration orale serve de résumé analytique.

¹ Malaisie, première communication écrite, paragraphe 591.

² Union européenne, première communication écrite, paragraphes 770 et 771.

³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 7.133; rapport du Groupe spécial *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 7.387.

si cet objectif est "légitime".⁴

9. À cet égard, la Corée convient avec la Malaisie et l'UE⁵ que le Groupe spécial devrait "évaluer de manière indépendante et objective" l'objectif poursuivi par les mesures contestées, même si la qualification de l'objectif par le Membre peut quand même constituer un point de départ.⁶ En procédant à cette évaluation indépendante et objective, il peut prendre en compte les textes des lois, l'historique de l'élaboration des lois et d'autres éléments de preuve concernant la structure et le fonctionnement de la mesure en cause.⁷

10. Dans l'affaire *États-Unis – Thon II (Mexique)*, l'Organe d'appel a expliqué que l'expression "objectif légitime" s'entendait d'une visée ou d'une cible qui était licite, justifiable ou juste.⁸ À cet égard, la Corée relève que l'article 2.2 de l'Accord OTC contient une liste d'"objectifs légitimes" et donne comme exemples 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.

11. La Corée croit comprendre que l'emploi de l'expression "entre autres" à l'article 2.2 indique que la liste d'exemples n'est pas exhaustive et constitue ainsi un point de référence pour d'autres objectifs qui pourraient être pris en considération.⁹ Par ailleurs, les objectifs reconnus dans les dispositions d'autres accords visés peuvent fournir des indications pour l'analyse de ce qui pourrait être considéré comme un objectif légitime au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, ou peuvent éclairer cette analyse.¹⁰

12. À cet égard, la Corée rappelle que l'article 2.2 de l'Accord OTC donne des indications sur la manière d'interpréter l'article 2.1.¹¹ Spécifiquement, un "objectif légitime" au titre de l'article 2.2 sera pris en considération lorsque la discrimination *de facto* sera examinée et que le critère de la distinction réglementaire légitime sera évalué au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.¹²

13. La raison en est que, pour évaluer le critère de la distinction réglementaire légitime de sorte à déterminer le "traitement moins favorable", le Groupe spécial doit fonder sa détermination sur la totalité des faits et circonstances qui sont portés à sa connaissance, y compris la conception, les principes de base, la structure révélatrice, le fonctionnement et l'application du règlement technique en cause.¹³ Enfin, l'organe d'examen demande si la distinction réglementaire en cause est mise en œuvre d'une manière légitime compte tenu de l'objectif recherché.¹⁴ L'objectif légitime dans le contexte de l'article 2.2 joue un rôle en l'espèce.

14. Ensuite, la Corée examine la deuxième question relative au critère de la nécessité, qui est l'évaluation du caractère "pas plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire". Pour discerner les obstacles non nécessaires au commerce international au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, il a été examiné dans des affaires antérieures les trois facteurs ci-après afin de déterminer si un règlement technique était "plus restrictif pour le commerce qu'il n[était] nécessaire":

- i) le degré de contribution de la mesure à l'objectif légitime en cause;
- ii) le caractère restrictif pour le commerce de la mesure; et

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 314; rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 371 et 372.

⁵ Union européenne, première communication écrite, paragraphes 776 et 790; Malaisie, première communication écrite, paragraphe 600.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 314; rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphes 371 et 372.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 314; rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 395.

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 313.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 313.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 313.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 212.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 212.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphes 216 et 347 à 350.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, paragraphe 225; rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 349.

iii) la nature des risques en cause et la gravité des conséquences qui découleraient de la non-réalisation de l'(des) objectif(s) recherché(s) par le Membre au moyen de la mesure.¹⁵

15. Dans la plupart des cas, une comparaison des mesures contestées et des mesures de rechange possibles devrait être effectuée.¹⁶ Aux fins de l'application cohérente de l'Accord OTC, la Corée croit comprendre que le Groupe spécial devrait soigneusement examiner si la mesure de rechange proposée "apporterait une contribution équivalente à l'objectif légitime pertinent, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait, et si elle est raisonnablement disponible".¹⁷

III. Conclusion

16. Ainsi s'achève la déclaration orale de la Corée. Merci de votre attention.

¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322; rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – EPO*, paragraphe 471.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322.

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon II (Mexique)*, paragraphe 322.

ANNEXE C-10**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS
DE LA FÉDÉRATION DE RUSSIE*****Introduction**

1. Nous vous remercions de donner à la Fédération de Russie la possibilité de présenter ses vues dans le cadre du présent différend. Nous soulignons que nous ne prendrons aucune position spécifique concernant des aspects factuels particuliers de l'affaire et que nous limiterons notre intervention uniquement à certaines questions d'interprétation concernant l'article XX du GATT de 1994.
2. Premièrement, nous souhaitons évoquer l'argument liminaire de l'UE concernant la justification cumulative au titre de l'article XX a), b) et g) du GATT de 1994. Deuxièmement, nous évoquerons les critères juridiques pertinents et appropriés au titre de chacun des alinéas de l'article XX du GATT de 1994 qui sont invoqués. Enfin, nous terminerons par les vues sur la limitation territoriale à l'article XX du GATT de 1994.

Certains aspects de l'interprétation donnée par l'UE de l'article XX du GATT de 1994

3. Dans le présent différend, l'UE s'appuie simultanément sur trois alinéas des exceptions générales énoncées dans le GATT et allègue que les mesures en cause sont "cumulativement justifié[es] au regard de l'article XX a), b) et g) du GATT de 1994".¹ Elle fait valoir que ces mesures font "partie d'un ensemble complet de politiques visant à traiter le dérèglement climatique, la protection de l'environnement et l'effondrement de la biodiversité, et à protéger la moralité publique dans l'Union européenne".² Selon elle, ces objectifs composites sont étroitement imbriqués et le Groupe spécial doit donc procéder à une seule analyse.
4. De l'avis de la Fédération de Russie, cette approche n'est pas conforme à la lettre et à l'esprit de l'article XX du GATT de 1994, ni à la jurisprudence bien établie de l'OMC.
5. Les allégations formulées dans le présent différend sont relativement simples. La Malaisie ne conteste pas la politique environnementale globale (l'ensemble du régime de l'UE concernant les biocarburants), instaurée par l'UE, mais des mesures distinctes spécifiques. Chacune de ces mesures doit être évaluée individuellement conformément au mandat du Groupe spécial. Le fait que de telles mesures puissent être prises dans le cadre d'un certain régime national n'est pas déterminant aux fins de leur évaluation. Par conséquent, le Groupe spécial ne doit pas pousser son analyse au-delà des mesures indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial comme le plaignant l'a demandé instamment.
6. Il incombe à l'UE d'établir si chaque mesure en cause entraine dans le champ d'application d'un alinéa de l'article XX du GATT de 1994 ou d'un autre, et pouvait être réputée justifiée. Toutefois, l'approche dite des "exceptions à trois piliers" ne fait pas apparaître la relation correcte entre chaque mesure contestée et l'objectif concret qu'elle protège. Néanmoins, la Russie n'exclut pas la possibilité qu'une mesure puisse répondre à des objectifs multiples. Dans ce cas de figure, nous estimons que le Membre défendeur doit établir et étayer séparément la relation entre la mesure et chacun des objectifs poursuivis.
7. Toutefois, dans le présent différend, l'UE s'engage dans de longues discussions sur la corrélation des alinéas de l'article XX du GATT de 1994. En particulier, elle est d'avis que la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux (article XX b)) et la conservation des ressources naturelles épuisables (article XX g)) constituent des valeurs semblables et que, en l'absence de l'alinéa g), l'alinéa b) viserait également les espèces rares et menacées d'extinction.³ Elle estime en outre que ces valeurs sont aussi

* La Fédération de Russie a demandé que sa déclaration orale serve de résumé analytique.

¹ Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphes 1328 et 1329.

² *Ibid.*, paragraphe 1296.

³ *Ibid.*, paragraphes 1259 à 1264.

étroitement imbriquées avec la protection de la moralité publique, car elles "suscitent des préoccupations morales".⁴ Par conséquent, d'après l'UE, il serait étrange et malvenu d'"appliquer un critère d'intensité différent aux mêmes valeurs". Cette logique suivie par l'UE est viciée.

8. Les alinéas pertinents de l'article XX du GATT de 1994 énoncent des prescriptions différentes. Si l'approche de l'UE fondée sur la "justification cumulative" aboutissait, cela signifierait que chaque mesure instaurée aux fins de la protection de la moralité publique préserverait également les végétaux, par exemple. Cela n'est évidemment pas le cas.
9. En outre, les alinéas invoqués par l'UE contiennent différents types de lien entre différentes valeurs protégées et la mesure adoptée, c'est-à-dire le critère de la "nécessité" pour les alinéas a) et b) et le critère "se rapportant à" pour l'alinéa g). Cela a été confirmé par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Essence*. Celui-ci a conclu explicitement que, en raison des différents termes concernant les différentes catégories, utilisés à l'article XX, il semblait déraisonnable de croire qu'il était exigé le même type ou degré de lien ou relation entre la mesure et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherchait à promouvoir ou à réaliser.⁵
10. Selon la pratique bien établie à l'OMC, le critère de la "nécessité" suppose de soupeser et mettre en balance une série de facteurs, y compris l'étendue de la contribution de la mesure à la réalisation du but poursuivi, l'importance relative des intérêts en jeu, et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure contestée.⁶ En outre, dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a précisé que "nécessaire" se situait plus près d'"indispensable" que du pôle opposé dans le champ sémantique, c'est-à-dire "favoriser" ("making contribution to").⁷ Par conséquent, la "contribution" est un degré minimal pour le critère de la nécessité visé aux alinéas a) et b).
11. Le critère "se rapportant à" exige l'établissement d'"une relation étroite ... [pour ce qui est de] la fin et [d]es moyens", c'est-à-dire l'évaluation de la question de savoir si la mesure visé un objectif de conservation.⁸
12. L'UE a essayé d'expliquer que les critères étaient en substance les mêmes, en faisant référence, entre autres choses, à certaines explications de l'Organe d'appel selon lesquelles, dans les deux cas, il devrait exister une relation entre la mesure et l'objectif poursuivi pour ce qui est de la fin et des moyens.⁹ Cet argument est dénué d'intérêt. Les deux expressions "nécessaires à" et "se rapportant à" exigent en fait "une relation ... pour ce qui est de la fin et des moyens", étant donné qu'elles sont destinées à établir un lien entre le texte introductif et les alinéas. Toutefois, la nature/le caractère de ce lien est différent selon le sens différent des mots utilisés. À cet égard, la Russie s'appuie sur la jurisprudence précédemment citée et le sens différent des mots "contribue à" (utilisés pour le critère de la "nécessité") et "visé" (utilisé pour le critère "se rapportant à").
13. Selon le dictionnaire Merriam-Webster, le mot "contribute" (contribuer) signifie "to play a significant part in making something happen" (jouer un rôle significatif dans la survenue de quelque chose). Parallèlement, la forme transitive du verbe "aim" (viser) signifie "to direct toward a specified object or goal" (diriger vers un objet ou un but spécifié). Dans le même ordre d'idées, l'expression "nécessaires à" établit le type de disposition pour laquelle le résultat est déterminant, c'est-à-dire que la mesure prise aboutit à la protection d'un certain type de politique. Au contraire, l'expression "se rapportant à" milite en faveur d'un certain degré d'intention d'influer sur le résultat final.

⁴ *Ibid.*, paragraphes 1325 à 1333.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 19.

⁶ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *Inde – Cellules solaires*, paragraphe 5.59; les rapports de l'Organe d'appel *Colombie – Textiles*, paragraphes 5.67 à 5.70; le rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures tarifaires*, paragraphe 7.125.

⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 161.

⁸ Voir, par exemple, les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Terres rares*, paragraphe 5.90.

⁹ Union européenne, deuxième communication écrite, paragraphe 1266.

14. Par conséquent, on ne voit pas très bien comment l'Union européenne est arrivée à ses allégations au sujet de l'absence de différence "en pratique" entre ces deux critères.¹⁰
15. En outre, l'UE allègue qu'elle ne demande pas un "bond en avant révolutionnaire de la jurisprudence".¹¹ Entre-temps, elle demande *de facto* au Groupe spécial de réduire les deux critères "nécessaires à" et "se rapportant à", en faisant totalement abstraction de la lettre de l'article, et de ramener son évaluation "à déterminer si la mesure est rationnelle et raisonnable du point de vue tant de sa conception que de son application".¹²
16. Compte tenu de ce qui précède, la Russie estime qu'il n'y a aucune raison d'amalgamer les critères juridiques au titre de l'article XX du GATT de 1994; rien dans le texte ne fonde la nouvelle vision de l'UE quant à la manière de procéder du Groupe spécial. Par conséquent, à notre avis, le Groupe spécial doit systématiquement évaluer chaque mesure contestée au regard de chaque alinéa invoqué. Si une mesure est, en totalité ou en partie, incompatible avec l'alinéa à l'examen, alors le Groupe spécial doit procéder à l'évaluation, au titre de l'alinéa suivant, de la compatibilité de cette partie incompatible, et ainsi de suite. De cette manière, il fera passer la mesure au crible des exceptions. Si, à l'issue de cet exercice, chaque mesure ou chaque partie de la mesure en cause est protégée par un certain objectif de politique générale, c'est seulement alors que la conclusion générale de sa compatibilité pourra être formulée.
17. Enfin, la Russie souhaiterait formuler de brèves observations sur l'application "extraterritoriale" alléguée de l'article XX du GATT de 1994.¹³
18. À cet égard, nous faisons référence à l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, dans laquelle l'Organe d'appel a souligné qu'il était important de déterminer la limitation de juridiction dans l'article XX du GATT de 1994, ainsi que sa nature et sa portée.¹⁴ Celui-ci a donc au minimum envisagé la possibilité d'une limitation territoriale dans ledit article. C'est logique, étant donné que l'absence de ces limitations ouvre la voie à différentes sortes d'abus. Au-delà du libellé de l'article (nous convenons avec l'UE qu'il n'y a pas d'indications territoriales dans cet article), et selon les principes d'interprétation des traités, énoncés dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'Accord de Marrakech dans son ensemble et le GATT en particulier ne sont pas conçus de manière à contourner les droits et obligations des Membres. Les exceptions prévues dans les Accords servent à établir un équilibre entre les politiques souveraines des Membres et leur droit de pratiquer le libre-échange.
19. En outre, il convient de noter que, même si la jurisprudence antérieure n'a pas explicitement traité la question, elle a fourni des indications utiles en la matière. En particulier, dans l'affaire *États-Unis – Crevettes*, l'Organe d'appel a établi "un lien suffisant entre les populations marines migratrices et menacées d'extinction considérées et les États-Unis aux fins de l'article XX g)", étant donné que certaines des espèces de tortues étaient connues pour traverser des eaux relevant de la juridiction des États-Unis.¹⁵ Dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, l'Organe d'appel a également établi ce lien entre la mesure et le territoire, puisqu'il a souligné que "le régime de l'UE applicable aux produits dérivés du phoque [était] conçu pour viser les activités de chasse au phoque ayant lieu tant dans la Communauté qu'en dehors de celle-ci".¹⁶
20. Ainsi, à la lumière de la jurisprudence antérieure, il semble que l'article XX du GATT de 1994 exige un lien territorial. En l'espèce, nous estimons qu'il incombe à l'UE de montrer les effets environnementaux particuliers sur son territoire qui découlent de la production d'huile de palme en Malaisie.

Conclusion

21. Ainsi s'achève la déclaration orale de la Fédération de Russie. Nous vous remercions de votre attention.

¹⁰ *Ibid.*, paragraphe 1265.

¹¹ *Ibid.*, paragraphe 1333.

¹² *Ibid.*, paragraphes 1265 à 1272.

¹³ *Ibid.*, paragraphe 1345.

¹⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.173.

¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 133.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.173.

ANNEXE C-11**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DE L'UKRAINE*****Communication en tant que tierce partie****1. INTRODUCTION**

1. L'Ukraine se félicite de l'occasion qui lui est donnée de participer en tant que tierce partie à l'affaire *Union européenne et certains États membres – Certaines mesures visant l'huile de palme et les biocarburants dérivés du palmier à huile (DS600)* et de présenter ses vues sur certaines questions soulevées par les parties au présent différend.

2. Les questions soulevées dans le présent différend ont des conséquences importantes pour l'Ukraine en raison de son intérêt systémique dans l'interprétation et l'application correctes et cohérentes des Accords de l'Organisation mondiale du commerce ("OMC") visés. L'Ukraine souhaite se concentrer sur certaines questions relatives aux analyses et à l'application des articles I:1, III:4 et XX de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994").

3. L'Ukraine précise qu'elle ne formulera pas d'observations sur les aspects factuels spécifiques présentés par les parties en l'espèce et qu'elle ne prendra pas de position spécifique. Elle souhaite également se réserver le droit de soulever d'autres questions à la séance du Groupe spécial avec les tierces parties.

2. ALLÉGATIONS CONCERNANT LES ARTICLES I:1 ET III:2 DU GATT DE 1994 EN CE QUI CONCERNE LES MESURES DE L'UNION EUROPÉENNE

Dans sa première communication écrite, la Malaisie a indiqué que le cadre réglementaire que l'Union européenne ("UE") établissait actuellement, et qui était fondé en partie sur le concept de changement indirect dans l'affectation des sols ("CIAS"), était manifestement discriminatoire et n'était pas, de loin, la mesure la moins restrictive pour le commerce dont elle disposait et, par conséquent, qu'il n'était pas conforme à ses engagements au titre de divers Accords de l'OMC.¹

4. Comme la Malaisie l'a mentionné, la Directive de l'UE sur les énergies renouvelables ("RED II") introduit une nouvelle approche pour faire face au risque de CIAS qui a été identifié pour les biocarburants, les bioliquides et les 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. À cette fin, la Directive RED II exige des États membres de l'UE qu'ils fixent une limite spécifique et dégressive pour les biocarburants à risque élevé de CIAS.² La Malaisie suppose que certains États membres de l'UE ont pris des mesures qui réduisent déjà notablement l'utilisation du biocarburant dérivé du palmier à huile dans le secteur des transports, bien avant l'élimination progressive d'ici à 2030 prévue dans la Directive RED II.³

5. Le principal argument de la Malaisie pour démontrer que sa culture d'huile de palme ne présente pas de risque de CIAS est qu'elle a mis en œuvre des procédures importantes pour assurer la protection de ses forêts et d'autres environnements naturels. Plus particulièrement, la législation malaisienne exige la réalisation d'une étude d'impact sur l'environnement dans le cadre de la procédure d'autorisation de la plupart des activités économiques.⁴ Par conséquent, de l'avis de la Malaisie, comme la superficie des plantations de palmiers à huile ne peut plus augmenter

* Conformément au paragraphe 27 des procédures de travail du Groupe spécial, la communication et la déclaration orale de l'Ukraine en tant que tierce partie tiennent lieu de résumé analytique de ses arguments.

¹ Malaisie, première communication écrite, paragraphe 3.

² *Ibid.*, paragraphe 42.

³ Malaisie, première communication écrite, paragraphe 12.

⁴ *Ibid.*, paragraphe 24.

notablement, les prescriptions de l'UE relatives aux CIAS et à la certification relative au faible risque de CIAS ne devraient pas lui être imposées.

6. Par conséquent, la Malaisie estime que les mesures en cause sont incompatibles, entre autres dispositions, avec les obligations de l'UE au titre de l'article I:1.⁵

7. Selon la première communication écrite de la Malaisie et le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Produits dérivés du phoque*, les éléments ci-après doivent être démontrés pour établir une incompatibilité avec l'article I:1 du GATT de 1994:

- a) les mesures en cause entrent 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) les mesures confèrent un "avantage[], [une] faveur[], [un] privilège[] ou [une] immunité[]" à un produit originaire du territoire de tout pays;
- d) l'avantage accordé n'est pas étendu "immédiatement" et "sans condition" aux produits "similaires" originaires du territoire de tous les Membres de l'OMC.⁶

8. La Malaisie étaye sa position en mettant l'accent sur la "similarité" des produits d'origine étrangère et de ceux qui sont produits à partir de matières premières de l'UE. Par conséquent, l'Ukraine souhaite prêter attention à ce critère servant à déterminer la conformité avec les dispositions de l'article I:1 du GATT de 1994.

9. Selon la Malaisie, 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 les biocarburants dérivés de cultures oléagineuses "similaires" et leurs matières premières originaires de pays tiers et sont donc incompatibles avec l'article I:1 du GATT de 1994. En particulier, en limitant et en éliminant progressivement la possibilité que le biocarburant dérivé du palmier à huile soit utilisé aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables, les mesures en cause établissent une discrimination entre le biocarburant dérivé du palmier à huile et l'huile de palme malaisiens et les biocarburant dérivés de cultures oléagineuses similaires et leurs matières premières d'autres origines étrangères.⁷

10. De plus, la Malaisie estime que les mesures de l'UE en cause, à savoir le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS, accordent des avantages aux biocarburants dérivés de cultures oléagineuses et à leurs matières premières importés de certains Membres qui ne sont pas accordés à tous les Membres, et en particulier la Malaisie.⁸ Dans le même temps, les mesures en cause ne limitent pas et à terme n'excluent pas les biocarburants "similaires", à savoir d'autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses, tels que les biocarburants produits à partir d'huile de colza, d'huile de soja ou d'huile de tournesol.⁹ En outre, la Malaisie suppose que ces biocarburants ne sont pas soumis à une certification afin d'être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables.¹⁰

11. Aux fins de l'article I:1 du GATT de 1994, la Malaisie estime que le biocarburant dérivé du palmier à huile et les autres biocarburants dérivés de cultures oléagineuses sont des "produits similaires", de même que leurs matières premières respectives.

12. Dans sa première communication écrite, l'UE a indiqué que la Malaisie n'avait pas démontré le bien-fondé de son argumentation sur les produits "similaires". Elle fait référence à ces affirmations et maintient également la position selon laquelle la Malaisie n'a pas étayé adéquatement ses

⁵ *Ibid.*, paragraphe 886.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.86.

⁷ Malaisie, première communication écrite, paragraphe 890.

⁸ *Ibid.*, paragraphe 898.

⁹ *Ibid.*, paragraphe 899.

¹⁰ *Ibid.*, paragraphe 900.

allégations à cet égard.¹¹ De plus, l'UE note qu'en tout état de cause, ses mesures sont justifiées au titre de l'article XX du GATT de 1994.¹²

13. L'article I:1 du GATT de 1994 dispose, entre autres choses, que 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.

14. Le Groupe spécial *États-Unis – Volaille (Chine)* a indiqué que le concept de produit similaire a été interprété à de très nombreuses reprises dans des décisions antérieures de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel. Quelle que soit la disposition en cause, l'Organe d'appel a expliqué qu'une analyse des produits similaires devait toujours être faite au cas par cas.¹³

15. L'Ukraine adhère à ce point de vue et est donc convaincue que chaque affaire dans le cadre de l'OMC doit être examinée étape par étape et en détail par le groupe spécial, en raison de la nature unique de chaque affaire. Ainsi, le Groupe spécial devrait analyser soigneusement les critères ou facteurs qui peuvent déterminer la conformité des mesures de l'UE avec l'article I:1 du GATT de 1994, y compris la "similarité" des biocarburants dérivés de cultures oléagineuses et de leurs matières premières respectives qui peuvent présenter ou non un risque élevé de CIAS.

16. Le dernier élément de la démonstration visant à établir une incompatibilité avec les dispositions de l'article I:1 du GATT de 1994 est que l'avantage ainsi accordé soit étendu "immédiatement" et "sans condition" aux produits "similaires" originaires du territoire de tous les Membres. L'Ukraine estime que le Groupe spécial devrait d'abord constater si les mesures de l'UE peuvent être considérées comme constituant une violation de l'article I:1 du GATT de 1994 dans son ensemble et, ensuite seulement, commencer à examiner dans quelle mesure les mêmes avantages ont été accordés immédiatement ou non à la Malaisie.

17. L'Ukraine croit qu'en l'espèce le Groupe spécial devrait utiliser l'approche traditionnelle pour déterminer la "similarité", qui consiste essentiellement à employer les quatre critères généraux suivants:

- a) les propriétés, la nature et la qualité des produits;
- b) les utilisations finales des produits;
- c) les goûts et habitudes des consommateurs – critère plus complètement appelé perceptions et comportement des consommateurs – en ce qui concerne les produits; et
- d) le classement tarifaire des produits.¹⁴

18. Selon la Malaisie, le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS accordent un traitement moins favorable au biocarburant dérivé du palmier à huile et à l'huile de palme importés que celui qu'ils accordent aux matières premières et aux biocarburants dérivés nationaux "similaires", et sont donc incompatibles avec l'article III:4 du GATT de 1994.¹⁵

19. Comme cela a été expliqué dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, pour qu'il y ait violation de l'article III:4 du GATT de 1994, trois éléments doivent être réunis: les produits importés et les produits nationaux en cause doivent être des "produits similaires"; la mesure en cause doit être "une loi, un règlement ou une prescription affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits

¹¹ Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1133.

¹² *Ibid.* 1128.

¹³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Volaille (Chine)*, paragraphe 7.424.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Volaille (Chine)*, paragraphe 7.425.

¹⁵ Malaisie, première communication écrite, paragraphe 921.

sur le marché intérieur"; et les produits importés doivent être soumis à un traitement "moins favorable" que celui accordé aux produits nationaux similaires.¹⁶

20. La question de la détermination de la "similarité" du produit a été abordée plus haut et l'Ukraine souhaite se pencher sur le deuxième élément du critère.

21. Se référant à l'article III:1 du GATT de 1994, qui dispose que "[l]es parties contractantes 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", l'Ukraine suggère au Groupe spécial de tenir compte de ce qui suit.

22. Dans sa première communication écrite, la Malaisie a cité le rapport du Groupe spécial *Canada – Automobiles*, selon lequel le terme "affectant" qui figure à l'article III:4 du GATT a été interprété comme visant non seulement les lois et règlements qui régissent directement les conditions de vente ou d'utilisation mais aussi toutes lois ou tous règlements qui pourraient altérer les conditions de concurrence entre les produits nationaux et les produits importés.¹⁷

23. De plus, dans sa première communication écrite, la Malaisie a souligné un fait important, à savoir qu'il n'y avait pas de marché dans l'UE pour le biocarburant ou les matières premières pour biocarburants qui ne pouvaient pas être comptabilisés aux fins de la réalisation des objectifs de l'UE en matière d'énergies renouvelables.¹⁸

24. L'UE ne souscrit pas à l'avis selon lequel le plafond pour risque élevé de CIAS, l'élimination progressive pour risque élevé de CIAS et la certification relative au faible risque de CIAS accordent un traitement moins favorable au biocarburant dérivé du palmier à huile et à l'huile de palme importés que celui qu'ils accordent aux matières premières et aux biocarburants dérivés nationaux "similaires", et estime que la Malaisie n'a pas démontré que les "mesures" identifiées avaient l'effet discriminatoire allégué. De plus et en tout état de cause, les mesures sont justifiées au regard de l'article XX du GATT de 1994.¹⁹

25. À notre avis, le Groupe spécial devrait analyser soigneusement la situation actuelle sur le marché intérieur de l'UE pour déterminer s'il y a une concurrence loyale sur ce marché ou si, par ces mesures, l'UE tente de protéger les biocarburants produits à partir de matières premières nationales, en tenant compte du régime de l'UE applicable aux biocarburants, y compris la Directive RED II et le Règlement délégué.

26. L'élément suivant du critère et des arguments de la Malaisie concerne les produits importés qui sont soumis à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires, à savoir que 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 traitent le biocarburant dérivé du palmier à huile et l'huile de palme importés de Malaisie moins favorablement que les produits similaires originaires de l'UE.

27. La Malaisie suppose que pour établir s'il y a "traitement moins favorable", il faut comparer le traitement accordé au groupe des produits importés dans son ensemble et le traitement accordé au groupe des produits nationaux similaires dans son ensemble. Une mesure qui n'accorde pas un traitement moins favorable à certains produits du groupe des produits importés peut néanmoins être considérée comme accordant un "traitement moins favorable" à l'ensemble du groupe des produits importés.²⁰

28. Pour sa part, l'UE estime que pour démontrer qu'il y a "traitement moins favorable" au sens de l'article III:4 du GATT de 1994, un plaignant doit à la fois déterminer les produits visés appropriés

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 133.

¹⁷ Malaisie, première communication écrite, paragraphe 924.

¹⁸ *Ibid.*, paragraphe 624.

¹⁹ Union européenne, première communication écrite, paragraphes 1140 et 1142.

²⁰ Malaisie, première communication écrite, paragraphe 933.

sur la base desquels la comparaison doit être effectuée et montrer en outre que le "traitement moins favorable" qu'il a identifié est imputable à la mesure en cause.²¹

29. De l'avis de l'Ukraine, pour déterminer correctement si les produits sont soumis à un "traitement moins favorable", le Groupe spécial devrait d'abord déterminer si les produits importés et les produits nationaux mentionnés peuvent être considérés "similaires".

30. L'Ukraine suppose que la tâche principale du Groupe spécial au titre des articles spécifiés du GATT de 1994 consiste à déterminer la "similarité" des produits exportés vers l'UE en provenance de Malaisie et de ceux qui sont produits à partir de matières premières cultivées dans l'UE. Cette conclusion peut aider le Groupe spécial à spécifier si les mesures de l'UE sont compatibles avec les articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 en particulier.

3. JUSTIFICATION AU REGARD DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994 DE L'UE

31. Dans sa première communication écrite, l'UE justifie ses mesures au regard de l'article XX du GATT de 1994.

32. L'article XX dispose en particulier que, 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; [...].

33. Selon l'UE, le régime de l'UE applicable aux biocarburants est conçu pour contribuer à l'accomplissement de ses objectifs en matière d'atténuation des changements climatiques en termes de réduction des émissions de gaz à effet de serre, tout en contribuant en même temps à des objectifs environnementaux plus larges, et en particulier à la prévention de la perte de la biodiversité. Contribuer à ces objectifs est nécessaire à la protection de la moralité publique de l'UE car la lutte contre les changements climatiques et la destruction de la biodiversité constituent des préoccupations morales du public et du législateur de l'UE qui sont profondes et existent depuis longtemps.²²

34. Dans le rapport sur l'affaire *États-Unis – Mesures tarifaires*, l'Organe d'appel a fait observer que les Membres de l'OMC pouvaient recourir à l'article XX en tant qu'exception pour justifier des mesures qui seraient normalement incompatibles avec leurs obligations au titre du GATT de 1994. Spécifiquement, les alinéas de l'article XX énumèrent diverses catégories de politiques que les Membres de l'OMC peuvent invoquer pour justifier l'incompatibilité potentielle de leurs mesures (contestées) avec les obligations de fond du GATT de 1994.²³

35. Le Groupe spécial a mentionné que, traditionnellement, les groupes spéciaux avaient analysé les allégations de justification au regard de l'article XX en deux étapes: ils avaient d'abord examiné si la mesure en cause relevait provisoirement de l'une des exceptions énumérées dans les alinéas de l'article XX, avant d'examiner si l'application de la mesure contestée satisfaisait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.²⁴

²¹ Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1159.

²² Union européenne, première communication écrite, paragraphe 4.

²³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Mesures tarifaires*, paragraphe 7.103.

²⁴ *Ibid.*, paragraphe 7.107.

36. Par conséquent, l'Ukraine estime que le Groupe spécial devrait d'abord constater si les mesures de l'UE, en particulier le régime applicable aux biocarburants, ont été instaurées conformément aux dispositions de l'article XX du GATT de 1994, à savoir pour protéger la moralité publique, la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour préserver les végétaux, ou parce qu'elles se rapportent 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. De plus, elle suppose que le Groupe spécial devrait examiner en détail si les éléments de preuve fournis par l'UE sont en fait conformes aux dispositions de cet article. Si ces mesures peuvent être justifiées au regard des dispositions mentionnées, le Groupe spécial devrait examiner si elles satisfont aux prescriptions du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.

4. CONCLUSIONS

37. L'Ukraine remercie le Groupe spécial de lui avoir donné la possibilité de faire part de ses vues et espère que sa contribution dans le cadre du présent différend sera utile au Groupe spécial aux fins de l'évaluation objective de la question dont il est saisi et de l'élaboration des interprétations juridiques respectives des Accords de l'OMC.

Déclaration orale

1. Monsieur le Président, Madame et Monsieur les membres du Groupe spécial, l'Ukraine se félicite d'avoir la possibilité de participer en tant que tierce partie au présent différend et, plus généralement, au système de règlement pacifique des différends entre les Membres.

2. L'Ukraine a un intérêt systémique à faire en sorte que l'interprétation des Accords de l'OMC visés soit cohérente. Il a déjà abordé certaines questions dans sa communication en tant que tierce partie et ne répétera pas ses observations à ce sujet.

3. Mais aujourd'hui, alors que les Membres travaillent ensemble pour soutenir le système commercial multilatéral et maintenir le système de règlement pacifique des différends de l'OMC, la Russie se livre à un acte flagrant d'agression contre l'Ukraine par son invasion militaire brutale, non provoquée et injustifiable.

4. L'Ukraine est convaincue que l'agression militaire d'un Membre de l'OMC par un autre Membre de l'OMC place le système commercial multilatéral dans une situation sans précédent. Les actions de la Russie ne relèvent pas des principes fondamentaux de l'Organisation, et le fait que l'Ukraine doit exercer ses droits dans les circonstances actuelles où elle est privée de force de la possibilité de participer pleinement aux procédures de règlement des différends ne devrait pas être ignoré.

5. Nous comprenons que les différends soumis à l'OMC sont de nature juridique, ainsi que l'importance pour les parties au différend d'un examen sur le fond en temps utile. C'est pourquoi l'Ukraine respecte toute décision du Groupe spécial et toutes les positions des parties au différend.

6. Toutefois, nous demandons aux Membres de se pencher sur la question de savoir si la position d'un pays qui a déclenché une guerre contre un Membre de l'OMC peut être prise en compte dans le cadre de l'Organisation, dont l'un des principes fondamentaux est d'agir de bonne foi.

7. Nous sommes très reconnaissants à tous les Membres qui ne restent pas à l'écart et condamnent l'agression de la Russie contre l'Ukraine.

Merci

ANNEXE C-12

RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DU ROYAUME-UNI

1. On trouvera ci-après un résumé analytique intégré de la communication du Royaume-Uni en tant que tierce partie et des réponses à certaines questions du Groupe spécial.

1. EXCEPTIONS GENERALES ENONCEES A L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994

2. L'article XX du GATT de 1994 prévoit des exceptions pour les mesures prises en vue de poursuivre certains objectifs de politique générale. Une mesure par ailleurs incompatible avec le GATT peut être justifiée au regard de l'article XX lorsqu'elle: a) satisfait aux prescriptions spécifiques de l'un des alinéas; et b) satisfait aux conditions énoncées dans le texte introductif.

3. L'Union européenne cherche à justifier ses mesures au moyen de l'application cumulative des alinéas a), b) et g) de l'article XX. Selon elle, les mesures contestées font partie d'un ensemble complet de politiques portant sur le changement climatique, la protection de l'environnement (y compris la préservation de la biodiversité), des préoccupations morales et la recherche d'énergie durable. L'Union européenne fait valoir que les objectifs des mesures contestées sont "imbriqués" et affirme que, si son moyen de défense devait tomber, "les trois justifications devraient tomber ensemble".¹ Le Royaume-Uni examine le moyen de défense "composite" de l'Union européenne et formule quelques observations sur le critère juridique à appliquer au titre des alinéas a), b) et g).

a. ARTICLE XX – CRITERE JURIDIQUE "COMPOSITE"

4. Les alinéas de l'article XX prévoient des voies distinctes pour défendre une mesure, chacune d'entre elles étant fondée sur un objectif de politique générale différent. En témoignent les critères juridiques différents selon les alinéas. Par exemple, les alinéas emploient des termes différents pour décrire le degré de lien requis entre la mesure en question et l'intérêt ou l'objectif de politique générale. Comme l'a indiqué l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Essence*:

[i]l ne semble pas raisonnable de supposer que les Membres de l'OMC entendaient exiger, en ce qui concerne chaque catégorie, le même type ou degré de lien ou relation entre la mesure considérée et l'intérêt ou la politique d'État que l'on cherche à promouvoir ou à réaliser.²

5. En ce qui concerne les alinéas invoqués par l'Union européenne dans le présent différend, les alinéas a) et b) exigent qu'une mesure soit "nécessaire[]" à la protection de l'objectif de politique générale pertinent, tandis que l'alinéa g) exige qu'une mesure "se rapport[e]" à cet objectif. L'Organe d'appel a constaté que l'analyse de la nécessité supposait un "souplesage et une mise en balance" de plusieurs facteurs³ et que, dans la plupart des cas, elle exigerait une comparaison de la mesure avec des solutions de rechange possibles, moins restrictives pour le commerce.⁴ À l'inverse, au titre de l'alinéa g), il a été constaté que l'expression "se rapportant à" signifie que la mesure doit "viser principalement à"⁵ la conservation de ressources naturelles – il n'y a pas de "souplesage et mise en balance" et il n'y a pas de solutions de rechange possibles, moins restrictives pour le commerce, à examiner.

6. En outre, un moyen de défense composite amalgamerait les critères juridiques et priverait donc les termes spécifiques de chacun des différents alinéas de l'article XX de leur effet utile. Si l'on reprend l'exemple décrit plus haut, cela affaiblirait effectivement le critère imposé par l'expression "nécessaires" ou cela renforcerait le critère imposé par l'expression "se rapportant à". Les alinéas de l'article XX ne devraient donc pas être invoqués cumulativement. Afin d'écartier tout doute, le

¹ Union européenne, première communication écrite, paragraphe 1329.

² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 19.

³ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 178. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 306; *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 164.

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 178.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 20.

Royaume-Uni reconnaît que plusieurs alinéas peuvent être invoqués pour justifier une mesure, à condition que les prescriptions de chaque alinéa soient pleinement respectées.

b. ARTICLE XX A) – MORALITE PUBLIQUE

7. Pour justifier provisoirement une mesure au titre de cet alinéa, un défendeur doit démontrer que sa mesure: i) est "conçue" pour protéger la moralité publique; et qu'elle ii) est "nécessaire" pour atteindre son objectif de moralité publique.

8. **Interprétation de l'expression "moralité publique".** Les groupes spéciaux de l'OMC ont interprété l'expression "moralité publique" comme désignant "les normes de bonne ou mauvaise conduite appliquées par une collectivité ou une nation ou en son nom".⁶ La question de savoir si un intérêt social équivaut à une "norme du bien et du mal" dans une collectivité ou une nation particulière est en fin de compte une détermination factuelle.⁷ La teneur et la portée de la "moralité publique" seront donc éclairées par les "valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes" dans cette collectivité ou ce pays.⁸ Il doit être accordé à un Membre une certaine latitude pour définir la moralité publique "sur [son] territoire[] ... selon [ses] propres systèmes et [ses] échelles de valeurs".⁹

9. Le Royaume-Uni considère que les préoccupations concernant le changement climatique, la destruction de l'environnement et/ou la perte de biodiversité peuvent être qualifiées comme relevant de la moralité publique aux fins de l'alinéa a). Comme il a été indiqué, la question de savoir si ces intérêts atteignent un niveau relevant de la moralité publique dans tout Membre considéré doit être déterminée d'après les valeurs dominantes dans ce Membre, compte tenu de la latitude accordée aux Membres pour définir leur propre moralité publique.

10. **Élément "contribution" du critère de la nécessité.** L'analyse de la "nécessité" suppose de "soupeser et mettre en balance" une série de facteurs, y compris la contribution de la mesure aux objectifs poursuivis, l'importance des valeurs servies par la mesure et le caractère restrictif pour le commerce de la mesure.¹⁰ Si un groupe spécial rend une conclusion préliminaire selon laquelle la mesure est nécessaire, il doit confirmer ce résultat en comparant la mesure avec les solutions de rechange moins restrictives pour le commerce qui sont raisonnablement disponibles.

11. Lors de l'évaluation de la contribution d'une mesure aux objectifs poursuivis, l'Organe d'appel a reconnu que le traitement de problèmes complexes liés à l'environnement pouvait exiger des politiques globales comprenant de "multiples mesures interdépendantes" et qu'il pouvait donc être difficile, à court terme, de discerner la contribution apportée par une mesure spécifique de la contribution de la politique plus générale.¹¹

12. L'Organe d'appel a admis que la contribution à l'objectif pouvait être démontrée de différentes manières. Les Membres peuvent démontrer que la mesure "apporte" une contribution par le recours à des éléments de preuve ou des données, concernant le passé ou le présent. Toutefois, ils peuvent tout aussi bien démontrer qu'une mesure "est à même d'"apporter une contribution à l'objectif poursuivi (c'est-à-dire à l'avenir).¹² Point important, l'Organe d'appel a reconnu que les Membres avaient un pouvoir discrétionnaire quant à la manière d'apporter des éléments de preuve de l'existence de cette contribution.¹³

⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphe 6.465. Voir aussi les rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 7.380 et 7.631; et *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.520.

⁷ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphe 6.461.

⁸ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphe 6.461. Voir aussi les rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphes 7.380 et 7.381, et 7.631; et *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.520.

⁹ Rapports du Groupe spécial *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 7.383; et *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.520 (s'inspirant du rapport du Groupe spécial *États-Unis – Jeux*, paragraphe 6.461).

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 164 (traitant de l'article XX d)); voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Chine – Publications et produits audiovisuels*, paragraphe 240; et *Colombie – Textiles*, paragraphe 5.70 (traitant de l'article XX a)).

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.

¹³ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.

13. Ce faisant, l'Organe d'appel "n'a pas exclu la possibilité qu'une mesure "nécessaire" puisse contribuer à" l'objectif "en tant qu'élément d'un cadre politique comprenant différentes mesures, ce qui pourrait créer des synergies entre ces mesures".¹⁴ Ces constatations sont particulièrement importantes s'agissant des mesures adoptées pour lutter contre le changement climatique, lesquelles s'inscriront nécessairement dans de vastes cadres de politique générale – une action étant requise dans toute une série de secteurs et de systèmes complexes et reliés entre eux – et n'aurait peut-être pas d'effets immédiatement observables.

c. ARTICLE XX b) – PROTECTION DE LA SANTE ET DE LA VIE DES PERSONNES ET DES ANIMAUX, OU PRESERVATION DES VEGETAUX

14. Pour justifier provisoirement une mesure au titre de cet alinéa, un défendeur doit démontrer à la fois que sa mesure i) est "conçue" pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux; et ii) qu'elle est "nécessaire".

15. **"Protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux"**. Pour démontrer qu'une mesure est conçue pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, un groupe spécial doit, en premier lieu, établir "l'existence d'un risque pour la santé et la vie des personnes et des animaux et la préservation des végétaux" avant d'examiner, en second lieu, "si la politique qui sous-tend la mesure vise à réduire ce risque".¹⁵ Il est bien établi que "les Membres ont le droit de déterminer le niveau de protection qu'ils jugent approprié".¹⁶ Afin de déterminer si une mesure vise à réduire le risque identifié pour la vie ou la santé, un groupe spécial devrait évaluer les éléments de preuve se rapportant à la conception, à la structure et à l'application de la mesure.¹⁷

16. Il a été reconnu qu'une série de politiques environnementales protégeait la santé et la vie des personnes et des animaux, ou préservait les végétaux.¹⁸ Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Essence*, le Groupe spécial est convenu qu'"une mesure destinée à réduire la pollution de l'air résultant de la consommation d'essence" entrerait dans la catégorie des mesures concernant la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux.¹⁹ Plus récemment, dans l'affaire *Brésil – Taxation*, le Groupe spécial a constaté qu'un ensemble de politiques, visant à réduire les émissions de CO₂ dans le cadre d'un plan en matière de transport visant "l'atténuation des changements climatiques et l'adaptation à ceux-ci", poursuivait des objectifs de politique générale relevant "de la catégorie des politiques qui protègent la santé et la vie des personnes" et qu'il était donc visé par l'alinéa b) de l'article XX.²⁰

17. Le Royaume-Uni fait observer que le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat ("GIEC") a constaté que l'élévation des températures au niveau mondial entraînerait des changements environnementaux qui constitueraient une menace pour la préservation des végétaux, et la santé et la vie des animaux et des personnes. Il a été constaté que les effets du changement climatique menaçaient "la santé, les moyens de subsistance, la sécurité alimentaire, l'approvisionnement en eau, la sécurité des personnes et la croissance économique".²¹

18. Les communications relatives au critère de la nécessité et à l'analyse de la contribution au titre de l'article XX a) s'appliquent de manière égale à l'analyse de la nécessité au titre de l'article XX b).

d. ARTICLE XX g) – CONSERVATION DES RESSOURCES NATURELLES EPUISABLES

19. Pour justifier provisoirement une mesure au titre de cet alinéa, un défendeur doit démontrer que sa mesure: i) vise à la conservation des "ressources naturelles épuisables", ii) "se rapport[e] à"

¹⁴ Rapports du Groupe spécial *Chine – Terres rares*, paragraphe 7.146, citant le rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 151.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.859.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.859.

¹⁷ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Taxation*, paragraphe 7.884.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial *Chine – Matières premières*, paragraphe 7.479.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.21. Il n'a pas été fait appel des constatations du Groupe spécial concernant l'article XX b).

²⁰ Rapport du Groupe spécial *Brésil – Taxation*, paragraphes 7.878 à 7.881. Il n'a pas été fait appel des constatations du Groupe spécial concernant l'article XX b).

²¹ Rapport spécial du GIEC: Résumé à l'intention des décideurs, 2018, B.5.

la conservation de ces ressources et iii) est "appliquée[] conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales".

20. **Signification de l'expression "ressources naturelles épuisables"**. Cette expression a été interprétée comme incluant les ressources biologiques et non biologiques, qui sont toutes deux "limitées" dans la mesure où elles sont susceptibles de se raréfier, de s'épuiser ou de disparaître.²² Notamment, dans l'affaire *États-Unis – Essence*, le Groupe spécial a reconnu que "l'air pur" était une ressource naturelle épuisable parce qu'elle pouvait être "épuisée".²³ Le fait que la ressource était renouvelable, et définie en fonction de ses qualités (c'est-à-dire la pureté de l'air), ne l'empêchait pas d'être une ressource naturelle épuisable.²⁴

21. Lorsqu'il s'agit d'interpréter l'expression "ressources naturelles épuisables", la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ("CCNUCC"), l'Accord de Paris et le Pacte de Glasgow pour le climat sont pertinents. Ces conventions et décisions internationales confirment qu'une atmosphère mondiale dans laquelle les niveaux de gaz à effet de serre sont sans danger est une ressource qui risque d'être épuisée. Par exemple, la CCNUCC souligne que l'augmentation sensible des "concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère" aboutira "en moyenne [à] un réchauffement supplémentaire de la surface terrestre et de l'atmosphère" et que son objectif est "de stabiliser [...] les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique".²⁵ L'Accord de Paris²⁶ et le Pacte de Glasgow pour le climat²⁷ soutiennent la réalisation de cet objectif en énonçant leur objectif, à savoir contenir l'élévation de la température moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et poursuivre l'action destinée à limiter l'élévation de la température à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels, en faisant en sorte de réduire durablement les émissions mondiales de gaz à effet de serre.

22. Compte tenu de ce qui précède, le Royaume-Uni affirme qu'une atmosphère mondiale dont les niveaux de gaz à effet de serre sont sans danger, c'est-à-dire qui est dotée d'une composition atmosphérique sans danger, est une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX g). De la même façon que la qualité de l'air peut être épuisée par la pollution, une composition atmosphérique sans danger sera épuisée par l'excès de gaz à effet de serre.

²² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphes 128 et 131.

²³ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.37. Il n'a pas été fait appel des constatations du Groupe spécial sur cette question.

²⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphes 6.36 et 6.37. Il n'a pas été fait appel des constatations du Groupe spécial sur cette question.

²⁵ CCNUCC, Préambule et article 2, disponibles à l'adresse suivante: https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsg3&clang=fr (consulté le 27 juin 2022).

²⁶ Accord de Paris, articles 2.1 et 4.1, disponibles à l'adresse suivante: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=fr (consulté le 27 juin 2022); Examen de la période 2013-2015, Décision 10/CP.21 de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à la CCNUCC, Document de l'ONU FCCC/CP/2015/10/Add.2, paragraphe 4, disponible à l'adresse suivante: <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/fre/10a02f.pdf> (consulté le 27 juin 2022).

²⁷ Pacte de Glasgow pour le climat, y compris la Décision 1/CP.26 de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à la CCNUCC, paragraphes 15 à 17, disponible à l'adresse suivante: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cop2021_12_add1F.pdf (consulté le 27 juin 2022) et Décision 1/CMA.3 de la Conférence des Parties agissant comme réunion des Parties à l'Accord de Paris, paragraphes 20 à 22, disponible à l'adresse suivante: https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021_10a01F.pdf (consulté le 27 juin 2022).

ANNEXE C-13**RÉSUMÉ ANALYTIQUE INTÉGRÉ DES ARGUMENTS DES ÉTATS-UNIS****RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES ÉTATS-UNIS EN TANT QUE TIERCE PARTIE****I. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC**

1. La Malaisie allègue que le plafond pour risque élevé de CIAS contrevient à l'article 2.1 de l'Accord OTC parce qu'il accorde "au biocarburant dérivé du palmier à huile de la Malaisie qui est importé dans l'UE un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux "produits similaires" importés dans l'UE d'autres pays et aux "produits similaires" nationaux". Pour établir l'existence d'une infraction à l'article 2.1, le plaignant doit prouver trois éléments, à savoir: i) que la mesure en cause est un règlement technique; ii) que les produits importés et les produits nationaux sont "similaires"; et iii) que le traitement accordé aux produits importés est moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires ou aux produits similaires en provenance d'autres pays.

2. En ce qui concerne le troisième élément, un plaignant peut essayer d'établir des faits suffisants pour démontrer que la mesure, *de facto*, soumet les importations à un traitement moins favorable par rapport aux produits nationaux similaires (ou à d'autres produits étrangers). Comme l'article III:4 du GATT de 1994, l'article 2.1 n'interdit pas aux Membres d'établir des distinctions réglementaires entre différents produits qui peuvent relever d'un seul groupe de "produits similaires". L'article 2.1 ne prohibe pas non plus les mesures qui peuvent avoir un effet préjudiciable sur les produits importés par rapport à certains produits nationaux similaires. En revanche, ce que l'article 2.1 prohibe, ce sont les mesures qui accordent un traitement moins favorable aux produits importés par rapport aux produits nationaux similaires *sur la base de l'origine*.

3. La conclusion que l'article 2.1 vise à réglementer la discrimination fondée sur l'origine repose sur le texte de celui-ci, dans son contexte. La disposition elle-même compare le traitement accordé à différents produits sur la base de l'origine: "produits importés en provenance du territoire de tout Membre", "produits ... d'origine nationale" et "produits ... originaires de tout autre pays". De même le préambule de l'Accord indique que des mesures ne devraient pas être "appliquées de façon à constituer ... un moyen de *discrimination* arbitraire ou injustifiable *entre des pays* où les mêmes conditions existent".

4. L'examen des raisons de toute distinction établie parmi un groupe de produits similaires est particulièrement important dans le contexte des règlements techniques, étant donné que ces mesures peuvent forcément établir des distinctions entre les produits d'après les "caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant". Si un défendeur démontre qu'un traitement différent et préjudiciable est fondé, par exemple, sur l'objectif environnemental ou de santé publique visé – et non sur l'origine étrangère d'un produit –, alors, la mesure n'équivaut pas à un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1.

5. Dans des rapports récents, l'Organe d'appel a constaté que, dans le contexte de l'Accord OTC, tout effet préjudiciable dont l'existence était constatée en ce qui concernait des produits importés constituerait une infraction à l'article 2.1, à moins que l'"effet préjudiciable sur les importations [ne] découle exclusivement de distinctions réglementaires légitimes". Cette prescription – exigeant que tout effet préjudiciable "découle exclusivement d'"une distinction réglementaire légitime – n'a aucun fondement dans le texte de l'Accord OTC et restreint notablement l'éventail des actions réglementaires permises au titre de l'Accord.

6. L'approche erronée de l'Organe d'appel peut inciter les groupes spéciaux à tenter de mettre en balance l'effet préjudiciable d'une mesure avec sa contribution à l'objectif en cause – une évaluation qui concerne davantage la proportionnalité (souplesse des coûts et des avantages) et moins la discrimination fondée sur l'origine.

7. En substance, l'approche de l'Organe d'appel impose au plaignant l'obligation de démontrer le degré de caractère restrictif pour le commerce de la mesure en question. Toutefois, cette "autre obligation" n'est ni énoncée à l'article 2.1, ni nécessaire pour évaluer la discrimination fondée sur l'origine. Les États-Unis conviennent qu'il est important, au titre de l'Accord OTC, d'évaluer le caractère restrictif pour le commerce d'une mesure. Toutefois, d'une manière *propre* à l'Accord OTC, le caractère restrictif pour le commerce comprend déjà une obligation positive au titre de l'article 2.2. Autrement dit, lorsqu'un règlement technique n'établit pas de discrimination d'une manière incompatible avec l'article 2.1, par exemple, cette mesure peut contrevenir séparément aux obligations d'un Membre si elle est néanmoins plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

8. En fondant ces deux dispositions, l'Organe d'appel n'a pas seulement restreint l'éventail des mesures qui, autrement, subiraient avec succès l'examen du traitement moins favorable (au titre de l'équivalent de l'article III:4), il a aussi restreint l'éventail des mesures qui pourraient subir avec succès l'examen du caractère restrictif pour le commerce (au titre de ce qui devrait être l'article 2.2). Ainsi, bien qu'il ait pu avoir l'intention d'autoriser un large éventail d'actions réglementaires justifiées en formulant son critère de la "distinction réglementaire légitime", l'Organe d'appel, en fusionnant les obligations énoncées à l'article 2.1 et 2.2, a en fait combiné des interprétations plus restrictives de chaque disposition pour en faire un critère unique au titre de l'article 2.1. Le présent Groupe spécial ne devrait pas répéter la même erreur. Au contraire, il devrait interpréter l'article 2.1 d'après son texte et, de la même façon que les groupes spéciaux et l'Organe d'appel interprètent la même obligation au titre du GATT depuis des décennies, évaluer si tout effet différent et préjudiciable est fondé sur des facteurs non liés à l'origine étrangère d'un produit. Ce faisant, le Groupe spécial rétablirait l'équilibre dans le cadre de l'OMC "entre, d'une part, la poursuite de la libéralisation des échanges et, d'autre part, le droit des Membres de réglementer".

9. La question de savoir si tout effet préjudiciable est fondé sur des facteurs non liés à l'origine des produits en question est une question à laquelle il devrait être répondu compte tenu de tous les faits pertinents. Par exemple, si l'objectif réglementaire invoqué a un lien rationnel avec la mesure en cause, cela indiquerait une non-discrimination. De même, si la mesure permet de faire progresser l'objectif réglementaire indiqué par le Membre qui réglemente, cela indiquerait aussi une non-discrimination. Un groupe spécial évaluerait cela dans le cadre de l'évaluation globale de la question de savoir si une mesure a modifié les conditions de concurrence au détriment des produits importés ou d'autres produits étrangers. Si une évaluation de la mesure n'étayait pas l'affirmation selon laquelle l'effet préjudiciable n'est pas fondé sur l'origine, ou si un examen des faits révélait que la distinction réglementaire est un indicateur indirect de l'origine, par exemple, alors la mesure enfreindrait l'obligation de traitement national ou de traitement NPF.

10. Pour les raisons exposées plus haut, le Groupe spécial devrait interpréter et appliquer l'article 2.1 de l'Accord OTC, d'après son texte, comme visant à prohiber la discrimination fondée sur l'origine. Ainsi que les rapports antérieurs sur l'article III:4 l'ont conclu, le traitement différent et préjudiciable des importations constitue un manquement à l'obligation lorsque le préjudice allégué n'est pas expliqué par des facteurs non liés à l'origine étrangère du produit, par exemple lorsque la mesure et la distinction en cause n'ont pas de lien rationnel avec l'objectif réglementaire invoqué. En l'espèce, l'Union européenne fait valoir que l'objectif réglementaire du plafond pour risque élevé de CIAS est de limiter le changement climatique, de protéger la biodiversité et de répondre aux préoccupations concernant la moralité publique. Si, compte tenu de tous les faits, le Groupe spécial constate que l'effet sur les importations malaisiennes n'est pas fondé sur l'origine, alors il devrait conclure que la Malaisie ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait de démontrer l'existence d'un "traitement moins favorable" au titre de l'article 2.1.

II. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

11. Par ailleurs, la Malaisie fait valoir que le plafond pour risque élevé de CIAS contrevient à l'article 2.2 de l'Accord OTC en créant des obstacles non nécessaires au commerce international de l'huile de palme et du biocarburant dérivé du palmier à huile. L'Union européenne fait valoir que "les mesures en cause n'ont ni pour objet ni pour effet de créer des "obstacles non nécessaires au commerce", étant donné que: elles poursuivent des objectifs légitimes; et elles ne sont pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser ces objectifs".

12. La première phrase de l'article 2.2 établit la règle générale selon laquelle les Membres feront en sorte que les règlements techniques ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce

international, tandis que la deuxième phrase de l'article rend cette règle générale opérationnelle en expliquant qu'"à cette fin", "les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime".

13. Si la mesure contribue, ou est à même de contribuer, à un objectif légitime, alors elle est incompatible avec l'article 2.2 seulement si elle est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser" cet objectif légitime. Pour établir que tel est le cas, un Membre plaignant doit prouver que: 1) il existe une mesure de rechange raisonnablement disponible; 2) qui réalise l'objectif légitime du Membre au niveau que celui-ci juge approprié; et 3) qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce. Comme c'est le cas pour la disposition parallèle de l'Accord SPS, la question juridique essentielle concernant l'article 2.2 est celle de savoir si le Membre importateur aurait pu adopter une mesure moins restrictive pour le commerce pour atteindre son objectif au niveau choisi.

14. La première étape consiste pour le Groupe spécial à examiner à quel point la mesure contestée contribue, ou est à même de contribuer, à l'"objectif légitime" du Membre. Selon la Malaisie, l'Union européenne a adopté la mesure pour répondre à "l'objectif premier affiché de ... la prévention des émissions de GES additionnelles par une limitation des changements directs ou indirects dans l'affectation des sols". L'Union européenne fait valoir que les mesures en cause sont destinées à répondre aux objectifs "composites" consistant "dans la lutte contre le changement climatique et la perte de biodiversité et dans la protection de la moralité publique de l'UE", en alléguant que ces objectifs sont "lié[s] entre [eux]". Les États-Unis font observer qu'il appartient au défendeur – et non au plaignant – d'indiquer les objectifs légitimes qui motivent une mesure donnée. Si un plaignant souhaite contester l'authenticité de l'objectif déclaré d'un défendeur, il peut le faire en démontrant que la mesure ne contribue pas (ou peu) à l'objectif allégué et que, donc, des solutions moins restrictives pour le commerce sont disponibles pour atteindre l'objectif en question.

15. Par conséquent, le Groupe spécial devrait fonder son analyse sur la mesure dans laquelle le plafond pour risque élevé de CIAS contribue, ou est à même de contribuer, à l'objectif indiqué par l'Union européenne, et sur la question de savoir si une autre mesure moins restrictive pour le commerce indiquée par la Malaisie, apportant ou étant à même d'apporter une contribution semblable, est à la disposition de l'Union européenne.

III. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2.4 DE L'ACCORD OTC

16. En ce qui concerne la question de savoir si une norme internationale pertinente existe au titre de l'article 2.4, l'Accord OTC ne définit pas l'expression "norme internationale". En revanche, celle-ci est définie dans le Guide ISO/CEI 2 comme étant une "norme qui est adoptée par une organisation internationale à activités normatives/de normalisation et qui est mise à la disposition du public". En outre, l'Accord OTC définit une "[n]orme" comme étant un "[d]ocument approuvé par un organisme reconnu" et précise qu'un "[o]rganisme ... international" est un "[o]rganisme ... ouvert aux organismes compétents d'au moins tous les Membres".

17. Pour ce qui est de la question de savoir si une norme internationale donnée est "inefficace[]" ou inapproprié[e]" pour réaliser les objectifs légitimes recherchés, le terme "inefficace" s'entend de quelque chose qui "n'a pas la fonction d'accomplir", "n'a pas de résultat", ou "n'a pas d'influence", tandis que le terme "inapproprié" s'entend de quelque chose qui n'est pas "spécialement adéquat", "correct" ou "adapté". Si le Groupe spécial convient avec l'Union européenne que les normes de l'ISO citées par la Malaisie ne sont pas efficaces ni appropriées pour répondre aux objectifs spécifiques indiqués par l'Union européenne, cela donnerait à penser qu'un élément d'une allégation au titre de l'article 2.4 n'a pas été établi.

IV. INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 5.1 DE L'ACCORD OTC

18. La Malaisie allègue que la procédure d'évaluation de la conformité (PEC) concernant le plafond pour risque élevé de CIAS contrevient à l'article 5.1 de l'Accord OTC. Pour établir qu'une mesure est incompatible avec l'article 5.1.1, un Membre plaignant doit démontrer trois éléments: 1) la mesure concerne une "procédure d'évaluation de la conformité"; 2) les produits en cause sont des "produits similaires"; et 3) l'accès à la PEC est accordé sur une base "moins favorable" aux fournisseurs de produits originaires du territoire d'un Membre qu'aux "fournisseurs de produits similaires d'origine nationale ou originaires de tout autre pays, dans une situation comparable".

19. Pour évaluer cette allégation, le Groupe spécial doit déterminer si la différence de traitement dans le cadre des procédures d'évaluation de la conformité fournit une base suffisante pour constater que des produits similaires ne sont néanmoins pas "dans une situation comparable" ou si la différence de traitement est telle que les produits importés sont soumis à un traitement moins favorable que les produits nationaux similaires.

RESUME ANALYTIQUE DE LA DECLARATION ORALE DES ÉTATS-UNIS

I. QUESTION DE SAVOIR SI DES MOYENS DE DEFENSE AU TITRE DE L'ARTICLE XX SONT DISPONIBLES EN CE QUI CONCERNE UN PREJUDICE EXTRATERRITORIAL

20. Selon la Malaisie et la Colombie (intervenant en tant que tierce partie), un Membre ne peut pas invoquer l'article XX pour protéger des valeurs et des intérêts en dehors de son territoire. Rien dans le texte de l'article XX n'étaye le type de limitation territoriale pour l'objectif du Membre imposant la mesure, que la Colombie et la Malaisie proposent. En outre, de nombreuses mesures concernant des intérêts extraterritoriaux ont été contestées dans le passé, et il a été constaté que ces mêmes mesures satisfaisaient aux prescriptions des alinéas de l'article XX.

II. CONFIDENTIALITE

21. Dans le présent différend, la Malaisie a communiqué plusieurs documents et extraits de documents de l'affaire DS593, Indonésie/UE – Huile de palme. Ces documents – y compris un rapport d'expert, ainsi que des parties de la communication de l'Indonésie et une communication en tant que tierce partie – devaient être traités comme confidentiels conformément à l'article 18:2 du Mémoire d'accord. Bien que ces différends portent tous deux sur les mêmes mesures de l'UE, ils sont distincts. En outre, les tierces parties dans les différends DS593 (l'affaire Indonésie/UE – Huile de palme) et DS600 (l'affaire Malaisie/UE – Huile de palme) ne sont pas identiques et, par conséquent, la divulgation de documents confidentiels du différend DS593 (l'affaire Indonésie/UE – Huile de palme) dans le cadre du présent différend DS600, Malaisie/UE – Huile de palme, n'est pas juste théorique.

22. Les États-Unis prennent très au sérieux leurs obligations en matière de confidentialité dans le cadre du règlement des différends à l'OMC, et ils comptent sur les autres Membres pour faire de même. Nous appelons les Membres à rester conscients de leurs obligations et à les respecter, et à maintenir en tout temps des protocoles stricts en matière de confidentialité. Cela inclut les cas, comme dans la présente situation, où plusieurs différends en cours portent sur des questions de fait et de droit qui se recoupent.

RESUME ANALYTIQUE DES REPONSES DES ÉTATS-UNIS AUX QUESTIONS POSEES PAR LE GROUPE SPECIAL AUX TIERCES PARTIES

23. Réponse à la question n° 3: L'article 2.1 de l'Accord OTC prohibe les mesures qui accordent un traitement moins favorable aux produits importés par rapport aux produits nationaux similaires *sur la base de l'origine*. Par conséquent, l'Union européenne a raison de dire que l'exercice approprié n'est *pas* de comparer l'effet de la mesure sur les importations en provenance de plusieurs pays. L'exercice approprié consiste à examiner la mesure en cause pour déterminer si elle accorde un traitement moins favorable aux produits similaires sur la base de l'origine. L'examen des raisons de toute distinction établie parmi un groupe de produits similaires est particulièrement important dans le contexte des règlements techniques, étant donné que ces mesures peuvent forcément établir des distinctions entre les produits d'après les "caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant". Ainsi, si un groupe spécial détermine qu'un traitement différent et préjudiciable est fondé, par exemple, sur l'objectif environnemental ou de santé publique visé – et non sur l'origine étrangère d'un produit –, alors, la mesure n'équivaut pas à un traitement moins favorable au sens de l'article 2.1.

24. Réponse à la question n° 4: Nous souscrivons, mais en partie seulement, à la description faite par l'Union européenne de l'analyse correcte au titre de l'article 2.1, telle qu'elle est citée dans la question n° 4 du Groupe spécial. Nous ne partageons pas l'avis selon lequel c'est le rôle du Groupe spécial d'"examiner la nature des objectifs poursuivis par les mesures" pour déterminer s'ils sont "légitimes". L'analyse du Groupe spécial à cet égard devrait se limiter à une détermination du point de savoir si l'effet préjudiciable est fondé sur l'origine du produit en question. Nous convenons avec

l'Union européenne qu'un groupe spécial doit examiner "la relation entre les objectifs légitimes de la mesure et les effets préjudiciables". Pour mener à bien cet examen, un groupe spécial doit tenir compte de tous les faits pertinents. Par exemple, si l'objectif réglementaire invoqué a un lien rationnel avec la mesure en cause, cela indiquerait une non-discrimination. De même, si la mesure permet de faire progresser l'objectif réglementaire indiqué par le Membre qui réglemente, cela indiquerait aussi une non-discrimination.

25. Réponse aux questions n° 8 et 9: L'article 2.2 ne prescrit pas qu'un Membre de l'OMC doive, comme le laissent entendre les questions du Groupe spécial, actualiser continuellement sa réglementation pour tenir compte des "renseignements scientifiques et techniques" les plus récents. Le contexte fourni par l'article 2.3 ne donne pas non plus à penser qu'une telle prescription existe. Au titre de l'article 2.3, les Membres de l'OMC doivent surveiller les mesures existantes et peuvent avoir besoin de modifier ces mesures si "les circonstances ou les objectifs qui ont conduit à leur adoption" ont changé. Même s'il se peut que les renseignements "disponibles les plus récents" sur une question donnée aient une incidence sur les circonstances ou les objectifs d'un règlement technique, il ne s'ensuit pas que cela doit toujours être le cas.

26. Réponse à la question n° 16: L'article 12.3 de l'Accord OTC exige seulement que les Membres tiennent compte des besoins des pays en développement Membres dans "l'élaboration et l'application" de mesures, "*pour*" (*with a view*) faire en sorte que ces mesures ne créent pas d'obstacles non nécessaires au commerce. Le sens ordinaire du membre de phrase "with a view" (en vue de) est "with the aim of attaining or accomplishing" (afin d'atteindre ou d'accomplir) ou "with the hope or intention of" (dans l'espoir ou l'intention de). En ce sens, l'article 12.3 n'exige pas du pays développé Membre qu'il accepte toutes les recommandations présentées par le pays en développement Membre, mais en revanche qu'il aille de l'avant en ayant en vue de faire en sorte que sa mesure ne crée pas un obstacle non nécessaire aux exportations.

27. Réponse à la question n° 17: L'article XI:1 du GATT se rapporte uniquement aux "prohibitions ou restrictions" à l'importation ou à l'exportation de produits. En outre, il proscriit les restrictions "à l'importation" ou "à l'exportation" de tout produit, mais pas les restrictions concernant le niveau des importations ou des exportations. Au lieu de cela, les termes employés – "importation" et "exportation" – touchent au *processus* d'importation ou d'exportation.

28. Réponse à la question n° 19: L'UE fait valoir que les mesures en cause font partie d'un ensemble complet de politiques visant à répondre à des objectifs multiples qui entrent "dans le cadre des valeurs reconnues comme objectifs légitimes par l'article XX a), b) et g) du GATT de 1994". Elle laisse entendre par ailleurs que, parce que les prescriptions juridiques de chacun de ces alinéas sont "*en pratique*, très similaires", le Groupe spécial peut procéder à une seule analyse au moyen de laquelle il évaluera si la mesure est "rationnelle et raisonnable du point de vue tant de sa conception que de son application". Bien qu'un défendeur puisse qualifier l'objectif d'une mesure comme étant complet et relevant de plusieurs alinéas, cela ne signifie pas qu'il soit libéré de la charge qui lui incombe d'énoncer et d'étayer la relation entre la mesure et l'objectif indiqué dans chacun des différents alinéas de la manière prescrite. Le fait que le libellé en cause dans ces alinéas – c'est-à-dire "nécessaires à" contre "se rapportant à" – diffère donne à penser que ces dispositions énoncent effectivement des prescriptions différentes.
