ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS245/AB/R
26 novembre 2003

(03-6276)

Original: anglais

JAPON – MESURES VISANT L'IMPORTATION DE POMMES

AB-2003-4

Rapport de l'Organe d'appel

I. Introduction 1

II. Contexte 5

A. *La maladie en cause* 5

B. *Le produit en cause* 6

C. *La mesure en cause* 8

III. Arguments des participants et des participants tiers 10

A. *Allégations d'erreur formulées par le Japon - Appelant* 10

1. Article 2:2 de l'*Accord SPS* 10

2. Article 5:7 de l'*Accord SPS* 14

3. Article 5:1 de l'*Accord SPS* 18

4. Article 11 du Mémorandum d'accord 20

a) Évaluation objective par le Groupe de travail au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS* 20

b) Évaluation objective par le Groupe de travail au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS* 22

B. *Arguments des États-Unis - Intimé* 23

1. Article 2:2 de l'*Accord SPS* 23

2. Article 5:7 de l'*Accord SPS* 25

3. Article 5:1 de l'*Accord SPS* 27

4. Article 11 du Mémorandum d'accord 29

a) Évaluation objective par le Groupe de travail au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS* 29

b) Évaluation objective par le Groupe de travail au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS* 31

C. *Allégation d'erreur des États-Unis - Appelant* 32

D. *Arguments du Japon - Intimé* 35

E. *Arguments des participants tiers* 37

1. Australie 37

2. Brésil 41

3. Communautés européennes 41

4. Nouvelle-Zélande 44

IV. Question préliminaire: caractère suffisant de la déclaration d'appel 47

V. Questions posées dans le présent appel 51

VI. Allégation concernant le "pouvoir" du Groupe spécial 52

VII. Article 2:2 de l'*Accord SPS* 58

A. *Pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques* 62

B. *Pommes mûres asymptomatiques* 67

VIII. Article 5:7 de l'*Accord SPS* 70

A. *Insuffisance des preuves scientifiques pertinentes* 72

B. *Arguments du Japon sur l'"incertitude scientifique"* 75

C. *Invocation parle Groupe spécial d'un "historique de 200 ans d'études et d'expérience pratique"* 77

IX. Article 5:1 de l'*Accord SPS* 78

A. *Évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien* 82

B. *Évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien "en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées"* 87

C. *Prise en considération des preuves scientifiques apparues après l'évaluation des risques en cause* 89

X. Article 11 du Mémorandum d'accord 91

A. *Description des preuves expérimentales par le Groupe spécial* 95

B. *Preuves "centrées autour" des pommes mûres asymptomatiques* 96

C. *Déclarations des experts appelant à la prudence* 99

D. *Aboutissement de la filière et "risque théorique"* 102

X. Constatations et conclusions 105

ANNEXE 1: Notification d'un appel du Japon présentée conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*

TABLEAU DES AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT RAPPORT

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
Australie – Saumons	Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Mesures visant les importations de saumons*, WT/DS18/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, DSR 1998:VIII, 3327
Brésil – Noix de coco desséchée	Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Mesures visant la noix de coco desséchée*, WT/DS22/AB/R, adopté le 20 mars 1997, DSR 1997:I, 167
CE – Accessoires de tuyauterie	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les accessoires de tuyauterie en fonte malléable en provenance du Brésil*, WT/DS219/AB/R, adopté le 18 août 2003
CE – Amiante	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, adopté le 5 avril 2001
CE – Bananes III	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, WT/DS27/AB/R, adopté le 25 septembre 1997, DSR 1997:II, 591
CE – Hormones	Rapport de l'Organe d'appel *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998, DSR 1998:I, 135
CE – Sardines	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Désignation commerciale des sardines*, WT/DS231/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)	Rapport de l'Organe d'appel *Communautés européennes – Droits antidumping sur les importations de linge de lit en coton en provenance d'Inde – Recours de l'Inde à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, WT/DS141/AB/RW, adopté le 24 avril 2003
Chili – Système de fourchettes de prix	Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliqués à certains produits agricoles*, WT/DS207/AB/R, adopté le 23 octobre 2002
Corée – Boissons alcooliques	Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Taxes sur les boissons alcooliques*, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, adopté le 17 février 1999, DSR 1999:I, 3
Corée – Produits laitiers	Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Mesure de sauvegarde définitive appliquée aux importations de certains produits laitiers*, WT/DS98/AB/R, adopté le 12 janvier 2000, DSR 2000:I, 3
États Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adopté le 27 janvier 2003
États Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires concernant certains produits en provenance des Communautés européennes*, WT/DS212/AB/R, adopté le 8 janvier 2003
États-Unis – Acier au carbone	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Droits compensateurs sur certains produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance d'Allemagne*, WT/DS213/AB/R, adopté le 19 décembre 2002
États-Unis – Chemises et blouses de laine	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/AB/R et Corr.1, adopté le 23 mai 1997, DSR 1997:I, 323
États-Unis - Crevettes	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, adopté le 6 novembre 1998, DSR 1998:VII, 2755

Titre abrégé	Titre complet de l'affaire et référence
États-Unis – Gluten de froment	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de gluten de froment en provenance des Communautés européennes*, WT/DS166/AB/R, adopté le 19 janvier 2001
États-Unis – Sauvegardes concernant l'acier	Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de certains produits en acier*, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, 10 novembre 2003
Inde – Restrictions quantitatives	Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Restrictions quantitatives à l'importation de produits agricoles, textiles et industriels*, WT/DS90/AB/R, adopté le 22 septembre 1999, DSR 1999:IV, 1763
Japon – Pommes	Rapport du Groupe spécial *Japon – Mesures visant l'importation de pommes*, WT/DS245/R, 15 juillet 2003
Japon – Produits agricoles II	Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Mesures visant les produits agricoles*, WT/DS76/AB/R, adopté le 19 mars 1999, DSR 1999:I, 277

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

Japon – Mesures visant l'importation de pommes

Japon, *appelant/intimé*
États-Unis, *appelant/intimé*

Australie, *participant tiers*
Brésil, *participant tiers*
Communautés européennes, *participant tiers*
Nouvelle-Zélande, *participant tiers*
Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu, *participant tiers*

AB-2003-4

Présents:

Lockhart, Président de la section
Baptista, membre
Sacerdoti, membre

I. Introduction

1. Le Japon et les États-Unis font appel de certaines questions de droit et interprétations du droit qui figurent dans le rapport du Groupe spécial *Japon – Mesures visant l'importation de pommes* (le "rapport du Groupe spécial").[1] Le Groupe spécial a été établi pour examiner une plainte des États-Unis concernant certaines prescriptions et interdictions imposées par le Japon en ce qui concerne l'importation de pommes en provenance des États-Unis.

2. Après des consultations qui n'ont pas permis de régler le différend, les États-Unis ont demandé le 7 mai 2002 qu'un groupe spécial soit établi pour examiner la question sur la base des "mesures" maintenues par le Japon qui "restreign[aient] l'importation de pommes des États-Unis, pour des raisons liées au feu bactérien ou à l'organisme qui en est la cause, l'*Erwinia amylovora*".[2] Le 3 juin 2002, l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") a établi le Groupe spécial, dont le mandat était le suivant, conformément à l'article 7:1 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord"):

> … Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les États-Unis dans le document WT/DS245/2, la question portée devant l'ORD par les États-Unis dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des

[1] WT/DS245/R, 15 juillet 2003.

[2] Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis, WT/DS245/2, 8 mai 2002.

> recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords.[3]

L'Australie, le Brésil, les Communautés européennes, la Nouvelle-Zélande et le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu ont réservé leur droit de participer aux travaux du Groupe spécial en qualité de tierces parties.

3. Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont allégué que le Japon agissait d'une manière incompatible avec les articles 2:2, 5:1, 5:2, 5:6, 5:7 et 7 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* (l'"*Accord SPS*") et avec l'Annexe B dudit accord; avec l'article 4:2 de l'*Accord sur l'agriculture*; et avec l'article XI de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (le "GATT de 1994").[4] Dans son rapport, distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 15 juillet 2003, le Groupe spécial a constaté que la mesure phytosanitaire du Japon:

i) était maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" d'une façon incompatible avec l'obligation contractée par le Japon dans le cadre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*;

ii) ne remplissait pas les conditions requises pour pouvoir être considérée comme une mesure provisoire au sens de l'article 5:7 de l'*Accord SPS* parce qu'elle n'avait pas été imposée relativement à une situation "où les preuves scientifiques pertinentes [étaient] insuffisantes"; et

iii) n'était pas établie sur la base d'une "évaluation des risques" au sens de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.[5]

4. Pour ce qui est des allégations d'incompatibilité avec l'article 7 de l'*Accord SPS* et l'Annexe B dudit accord, le Groupe spécial a constaté que les États-Unis n'avaient pas établi l'existence d'éléments *prima facie* au titre de ces dispositions. En outre, ayant constaté que la mesure était incompatible avec les obligations contractées par le Japon dans le cadre des articles 2:2 et 5:7 et 5:1 de l'*Accord*

---

[3] Constitution du Groupe spécial établi à la demande des États-Unis, WT/DS245/3, 17 juillet 2002, paragraphe 2.

[4] Les États-Unis ont aussi formulé des allégations au titre des articles 2:3, 5:3, 5:5, 6:1 et 6:2 de l'*Accord SPS* dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial. Le Groupe spécial a toutefois fait observer que les États-Unis n'avaient maintenu ces allégations dans aucune de leurs communications. En conséquence, il a conclu que les États-Unis n'avaient pas établi *prima facie* le bien-fondé de l'une quelconque de ces allégations et s'est donc abstenu de formuler des constatations correspondantes. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.334)

[5] *Ibid.*, paragraphe 9.1 a) à c).

SPS, le Groupe spécial a déterminé qu'il n'était pas nécessaire qu'il se prononce sur plusieurs des allégations restantes au titre d'autres dispositions, étant donné que de telles constatations n'aideraient pas l'ORD à formuler des recommandations et des décisions afin que le Japon puisse y donner suite dans les moindres délais. Par conséquent, exerçant le principe d'économie jurisprudentielle, le Groupe spécial s'est abstenu de se prononcer sur les allégations présentées par les États-Unis au titre de l'article 5:2 et 5:6 de l'*Accord SPS*, de l'article 4:2 de l'*Accord sur l'agriculture* et de l'article XI du GATT de 1994.[6] Compte tenu de ses constatations, le Groupe spécial a recommandé que "l'Organe de règlement des différends demande au Japon de mettre la mesure phytosanitaire en cause en conformité avec ses obligations au titre de l'*Accord SPS*".[7]

5. Le 28 août 2003, le Japon a notifié à l'ORD son intention de faire appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément à l'article 16 du Mémorandum d'accord, et a déposé une déclaration d'appel conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*").[8] Le 8 septembre 2003, le Japon a déposé une communication en tant qu'appelant.[9] Les États-Unis ont déposé une communication en tant qu'intimé le 22 septembre 2003.[10] Outre l'appel du Japon, un appel incident a été formé contre le rapport du Groupe spécial par les États-Unis quand ceux-ci ont déposé à leur tour une communication en tant qu'appelant le 12 septembre 2003.[11] Dans le cadre de cet appel incident, le Japon a déposé une communication en tant qu'intimé le 22 septembre 2003.[12] Le même jour, l'Australie, le Brésil, les Communautés européennes et la Nouvelle-Zélande ont déposé des communications en tant que participants tiers[13] et le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu a notifié son intention de participer et de faire des déclarations à l'audience.[14]

6. L'audience relative au présent appel a eu lieu le 13 octobre 2003. Les participants et les participants tiers ont présenté des déclarations orales (à l'exception du Territoire douanier distinct de

---

[6] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.292, 8.303, 8.328 et 8.332.

[7] *Ibid.*, paragraphe 9.3.

[8] Notification d'un appel du Japon, WT/DS245/5, 28 août 2003, jointe en tant qu'annexe A au présent rapport. Dans sa déclaration d'appel, le Japon conteste seulement certaines constatations formulées par le Groupe spécial au cours de son analyse au titre de l'*Accord SPS*; aucune question faisant l'objet de l'appel ne concerne l'*Accord sur l'agriculture* ou le GATT de 1994.

[9] Conformément à la règle 21 1) des *Procédures de travail*.

[10] Conformément à la règle 22 1) des *Procédures de travail*.

[11] Conformément à la règle 23 1) des *Procédures de travail*.

[12] Conformément à la règle 23 3) des *Procédures de travail*.

[13] Conformément à la règle 24 1) des *Procédures de travail*.

[14] Conformément à la règle 24 2) des *Procédures de travail*.

Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu) et ont répondu aux questions qui leur étaient posées par les membres de la section connaissant de l'appel.

7. Notre analyse exposée dans le présent rapport se présente de la façon suivante:

- nous commençons par décrire brièvement les éléments factuels et par examiner le champ du différend, y compris la nature et l'historique de la maladie des végétaux en cause, les produits sur lesquels porte l'analyse du Groupe spécial et la mesure contestée par les États-Unis[15];

- nous exposons ensuite les arguments des participants et des participants tiers en appel;

- nous définissons ensuite les questions qui nous sont soumises en appel et, pour cela, nous examinons l'allégation des États-Unis selon laquelle l'une des questions sur lesquelles le Japon a présenté des arguments dans sa communication en tant qu'appelant ne nous est pas soumise à bon droit parce qu'elle n'a pas été mentionnée dans la déclaration d'appel du Japon;

- nous commençons notre évaluation de l'affaire en examinant l'allégation présentée par les États-Unis en appel selon laquelle le Groupe spécial n'avait pas le pouvoir de formuler des constatations relatives aux pommes autres que les pommes "mûres asymptomatiques". Étant donné que cette allégation soulève la question de savoir si le Groupe spécial était même autorisé à se prononcer au sujet des pommes autres que les pommes "mûres asymptomatiques", nous traitons cette allégation comme précédant logiquement les allégations du Japon concernant les constatations du Groupe spécial sur le fond;

- nous examinons ensuite les allégations du Japon où celui-ci conteste les constatations du Groupe spécial selon lesquelles la mesure phytosanitaire du Japon en cause est incompatible avec les obligations contractées par le Japon dans le cadre des articles 2:2, 5:7 et 5:1 de l'*Accord SPS*; et

[15] D'autres aspects factuels du présent différend sont exposés plus en détail dans les paragraphes 2.1 à 2.32 du rapport du Groupe spécial.

- enfin, nous évaluons les allégations du Japon au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord selon lesquelles le Groupe spécial n'a pas procédé à "une évaluation objective des faits de la cause" au cours de son analyse des allégations des États-Unis au titre de l'*Accord SPS*.

II. Contexte

A. *La maladie en cause*

8. Les paragraphes suivants résument les "aspects factuels" exposés par le Groupe spécial aux paragraphes 2.1 à 2.6 de son rapport. La maladie[16] visée par la mesure phytosanitaire du Japon dans le présent différend est appelé "feu bactérien", souvent désigné par le nom scientifique de sa bactérie, *Erwinia amylovora* ou *E. amylovora.* Les fruits infectés[17] par le feu bactérien produisent un exsudat bactérien, ou inoculum[18], qui est transporté essentiellement par le vent, la pluie, les insectes ou les oiseaux, contaminant les fleurs ouvertes de la même plante ou d'autres plantes hôtes. La bactérie *E. amylovora* se multiplie à l'extérieur, sur les pistils des fleurs, et pénètre dans la plante par divers orifices.[19] Outre les pommes, les hôtes du feu bactérien comprennent les poires, les coings et les nèfles, ainsi que plusieurs plantes de jardin.[20] Les preuves scientifiques établissent, comme le Groupe spécial l'a constaté, que le risque d'introduction et de dissémination du feu bactérien varie considérablement en fonction de la plante hôte.[21]

---

[16] Le Groupe spécial a défini le mot "maladie" comme désignant "[une] [a]ltération organique ou fonctionnelle d'une plante qui cause ou menace de causer une maladie ou un trouble décelable … généralement accompagné[ ] de signes ou de symptômes précis". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.9)

[17] Le mot "infection" a été défini par le Groupe spécial comme désignant "[la] [p]énétration d'un organisme (par exemple, *E. amylovora*) dans une plante hôte (ou un fruit), établissant avec l'hôte une relation pathogène permanente ou temporaire". (*Ibid.*, paragraphe 2.12) En revanche, le Groupe spécial a noté que le terme "infestation" désignerait "[la] [p]résence d'une bactérie à la surface d'une plante, *sans que cela implique qu'elle est infectée*". (*Ibid.*, paragraphe 2.13 (pas d'italique dans l'original))

[18] Le Groupe spécial a défini le mot "inoculum" comme désignant "[une] [s]ubstance composée de bactéries ou en contenant, qui est introduite dans un hôte ou un milieu ou qui lui est transmise". Le Groupe spécial a expliqué que "[l]'inoculation [était] l'introduction de l'inoculum dans un hôte ou un milieu de culture. L'inoculum [pouvait] aussi désigner une substance potentiellement infectieuse présente dans le sol, l'air ou l'eau, qui [pouvait] être inoculée naturellement dans un hôte". (*Ibid.*, paragraphe 2.14)

[19] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.2.

[20] *Ibid.*, paragraphe 2.5.

[21] *Ibid.*, paragraphe 8.271.

9. L'historique incontesté du feu bactérien révèle une importante dissémination transocéanique de la maladie depuis sa découverte, il y a plus de 200 ans.[22] On pense qu'*E. amylovora*, signalée pour la première fois dans l'État de New York aux États-Unis en 1793, est originaire d'Amérique du Nord.[23] Au début des années 1900, le feu bactérien a été signalé au Canada, de l'Ontario à la Colombie-Britannique, dans le nord du Mexique et aux États-Unis, de la côte est à la Californie et à la côte nord-ouest du Pacifique. Il a été signalé en Nouvelle-Zélande en 1919, en Grande-Bretagne en 1957 et en Égypte en 1964. La maladie s'est propagée à travers une grande partie de l'Europe, à des degrés divers selon les pays, et dans la région méditerranéenne. En 1997, l'Australie a signalé la présence de feu bactérien mais les mesures d'éradication ont été efficaces et aucune autre flambée n'a été signalée. En ce qui concerne la présence du feu bactérien au Japon, il y a eu une controverse entre les parties devant le Groupe spécial sur le point de savoir si le feu bactérien était jamais entré au Japon; mais les États-Unis ont supposé, aux fins du présent différend, que le Japon était, comme il l'alléguait, exempt du feu bactérien et de la bactérie du feu bactérien.[24]

B. *Le produit en cause*

10. Les États-Unis ont fait valoir devant le Groupe spécial que leur contestation de la mesure phytosanitaire du Japon en cause portait sur les seules pommes qu'ils exportaient, c'est-à-dire les pommes "mûres asymptomatiques". Ils ont allégué que ces pommes constituaient une catégorie distincte, reconnaissable de pommes et que cette classification était "étayée[ ] scientifiquement".[25] Le Japon n'a pas accepté la classification des États-Unis, faisant valoir que les termes "mûres" et "asymptomatiques" étaient subjectifs, et que la distinction n'avait aucune base scientifique.[26] En outre, le Japon a fait valoir que sa mesure phytosanitaire traitait le risque résultant non seulement des pommes mûres asymptomatiques qui développent et répandent le feu bactériologique, mais aussi de l'introduction accidentelle de pommes infectées ou infestées dans une expédition de pommes supposées mûres et asymptomatiques à destination du Japon.[27]

11. Compte tenu du désaccord au sujet du produit sur lequel porte le différend, le Groupe spécial a défini le produit visé par la mesure en cause. Il a fait observer que, s'il devait considérer que le "produit" se limitait aux pommes mûres asymptomatiques, comme l'alléguaient les États-Unis, "de nombreux aspects de la mesure en cause pourraient *ipso facto* perdre leur raison d'être et être ainsi

[22] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.6.

[23] *Ibid.*, paragraphes 2.1 et 2.6.

[24] *Ibid.*, paragraphes 4.25 et 4.26.

[25] *Ibid.*, paragraphe 8.26.

[26] *Ibid.*, paragraphes 4.99 et 8.26.

incompatibles avec l'*Accord SPS*".[28] Si, au contraire, il devait conclure que le produit en cause était "toutes les pommes" exportées vers le Japon en provenance des États-Unis, il devrait examiner la justification de toutes les prescriptions imposées par le Japon dans leur ensemble.[29] Le Groupe spécial a aussi noté qu'il ne serait "pas logique" d'accepter la définition des États-Unis car cela l'empêcherait d'examiner certains aspects de la mesure qui pouvaient être pertinents, même s'ils ne portaient pas expressément sur les pommes mûres asymptomatiques.[30]

12. En outre, le Groupe spécial a déclaré que, dans leur demande d'établissement d'un groupe spécial, les États-Unis n'avaient fait référence qu'aux "pommes des États-Unis", ce qui était moins précis que les pommes mûres asymptomatiques. Il a dit que le fait que les États-Unis avaient souhaité parler "uniquement" des pommes mûres asymptomatiques dans leur communication n'influait pas sur son mandat.[31] Enfin, il a fait observer qu'il existait des méthodes scientifiques permettant de distinguer les pommes mûres et que la sensibilité des pommes au feu bactérien était liée à leur maturité.

13. Compte tenu des arguments des parties, ainsi que des opinions des experts[32], le Groupe spécial a déterminé que le champ du différend ne devrait pas, dans un stade préliminaire, se limiter aux pommes mûres asymptomatiques. Il a estimé qu'il serait particulièrement inapproprié de limiter le champ du différend avant un examen plus approfondi du fond de l'affaire compte tenu des deux hypothèses qui, selon ce qu'il a constaté, étaient à la base de la définition du produit en cause donnée par les États-Unis: i) les pommes mûres asymptomatiques n'étaient pas une "filière"[33] de transmission du feu bactérien et ii) les expéditions des États-Unis vers le Japon contenaient uniquement des pommes mûres asymptomatiques.[34]

---

[27] *Ibid*., paragraphe 8.28 b).

[28] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.30. En tant qu'exemple des aspects de la mesure qui pourraient de cette façon perdre leur raison d'être, le Groupe spécial cite les prescriptions concernant les actions à entreprendre avant la récolte des pommes. (*Ibid*.)

[29] *Ibid*.

[30] *Ibid*., paragraphe 8.31. Les aspects de la mesure qui, de l'avis du Groupe spécial, pourraient être pertinents, même s'ils ne concernaient pas essentiellement les pommes mûres asymptomatiques, comprenaient les prescriptions relatives aux pommes qui *ne pouvaient pas* être exportées (c'est-à-dire les interdictions). (*Ibid*.)

[31] *Ibid*., paragraphe 8.32.

[32] Le Groupe spécial a engagé des experts en consultation avec les parties, comme cela est prévu à l'article 11:2 de l'*Accord SPS*. (*Ibid*., paragraphes 6.1 à 6.4)

[33] Nous croyons comprendre que le Groupe spécial a utilisé le terme "filière" pour décrire les étapes qu'une maladie doit franchir pour se transmettre d'une plante à une nouvelle plante hôte. Nous employons ce terme dans le présent rapport de la même façon.

[34] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.33.

C. *La mesure en cause*

14. Les États-Unis ont fait valoir devant le Groupe spécial qu'en recourant à différents instruments juridiques[35] le Japon maintenait neuf interdictions ou prescriptions imposées au sujet des pommes importées en provenance des États-Unis.[36] En ce qui concerne la description donnée par les États-Unis des prescriptions auxquelles doivent satisfaire les importations de pommes en provenance des États-Unis, le Japon a allégué que deux d'entre elles étaient de simples "dispositions procédurales"

[35] Le Groupe spécial a recensé les moyens suivants par lesquels le Japon imposait les interdictions ou prescriptions pertinentes pour le présent différend: i) la Loi sur la protection des végétaux (Loi n° 151 promulguée le 4 mai 1950) telle qu'elle a été modifiée; ii) le Règlement relatif à la protection des végétaux (Ordonnance n° 73 du Ministère de l'agriculture, des forêts et de la pêche, promulguée le 30 juin 1950), tel qu'il a été modifié; iii) la Notification n° 354 du Ministère de l'agriculture, des forêts et de la pêche (datée du 10 mars 1997); et iv) des règles et règlements détaillés connexes, y compris la Circulaire n° 8103 du Ministère de l'agriculture, des forêts et de la pêche. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.7)

[36] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.5, citant la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis, WT/DS245/2, 8 mai 2002; la première communication écrite des États-Unis au Groupe spécial, paragraphe 19; les réponses des États-Unis aux questions additionnelles du Groupe spécial, 28 janvier 2003, paragraphe 2. Les neuf prescriptions définies par les États-Unis sont les suivantes:

> a) l'interdiction d'importer des pommes des États-Unis si elles ne sont pas produites dans les zones désignées des États de l'Oregon et de Washington;
>
> b) l'interdiction d'importer des pommes provenant de vergers dans lesquels la présence du feu bactérien a été détectée ou dans lesquels des plantes hôtes (autres que les pommiers) ont été trouvées, qu'elles soient infectées ou non;
>
> c) l'interdiction d'importer des pommes provenant de tout verger (exempt ou non du feu bactérien) si la maladie est détectée dans une zone tampon de 500 mètres autour du verger;
>
> d) la prescription exigeant que les vergers produisant pour l'exportation soient inspectés trois fois par an (aux stades de la floraison, du jeune fruit et de la récolte) pour détecter la présence du feu bactérien aux fins de l'application des interdictions susmentionnées;
>
> e) l'application aux pommes destinées à l'exportation d'un traitement de surface au chlore après la récolte;
>
> f) les prescriptions relatives à la production, comme le traitement au chlore des conteneurs utilisés pour la récolte et des installations d'emballage;
>
> g) la séparation, après la récolte, des pommes destinées à être exportées au Japon et des pommes destinées aux autres marchés;
>
> h) la délivrance par les autorités phytosanitaires américaines d'un certificat attestant que les fruits sont exempts du feu bactérien et ont été traités au chlore après la récolte;
>
> i) la confirmation par les autorités japonaises de la certification des autorités américaines et l'inspection par les autorités japonaises des installations de désinfection et d'emballage.
>
> (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.5 a) à i) (note de bas de page omise))

communes à toutes les mesures phytosanitaires[37] et que l'une d'elles aurait dû en fait être définie comme constituant deux prescriptions distinctes.[38]

15. Le Groupe spécial a décidé de considérer les multiples prescriptions imposées pour les pommes en provenance des États-Unis comme étant une mesure unique à examiner dans le cadre de l'*Accord SPS*.[39] En ce qui concerne les prescriptions précises à considérer comme constituant les éléments de la mesure unique, le Groupe spécial a constaté que les deux prescriptions qui, selon ce qu'allègue le Japon, sont "procédurales" constituaient cependant des "mesures phytosanitaires" telles qu'elles étaient définies dans l'*Accord SPS* et faisaient partie de l'ensemble collectif de conditions à remplir pour l'importation de pommes en provenance des États-Unis.[40] Le Groupe spécial semble aussi avoir pensé que, comme le Japon l'alléguait, l'une des prescriptions définies par les États-Unis devrait en fait être considérée comme deux prescriptions distinctes. Par conséquent, il a défini l'objet du présent différend comme étant *une* mesure appliquée par le Japon à l'importation de pommes en provenance des États-Unis, mesure qui se composait des dix éléments suivants appliqués de façon cumulative:

> a) Les fruits doivent être produits dans des vergers désignés exempts du feu bactérien. Une zone exempte du feu bactérien est désignée comme verger produisant pour l'exportation par le Département de l'agriculture des États-Unis (USDA), à la demande du propriétaire du verger. Si l'inspection révèle la présence d'un arbre infecté dans la zone, le verger ne sera pas autorisé à exporter. Actuellement, seuls les vergers des États de Washington et de l'Oregon sont des vergers désignés;
>
> b) les vergers produisant pour l'exportation doivent être exempts de plantes infectées par le feu bactérien et de plantes hôtes (autres que les pommiers), qu'elles soient infectées ou non;
>
> c) les vergers exempts du feu bactérien doivent être entourés d'une zone tampon de 500 mètres; si un arbre ou une plante infectés sont découverts dans cette zone, le verger ne sera pas autorisé à exporter;
>
> d) les vergers exempts du feu bactérien et la zone tampon qui les entoure doivent être inspectés au moins trois fois par an. Les

[37] Les deux prescriptions prétendument "procédurales" correspondent aux points h) et i) *supra*, note de bas de page 36.

[38] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.6. Le Japon allègue que le point f) *supra*, note de bas de page 36, devrait être considéré comme deux prescriptions distinctes: l'une concernant le traitement au chlore des conteneurs utilisés pour la récolte et l'autre le traitement au chlore des installations d'emballage.

[39] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.17.

[40] *Ibid.*, paragraphe 8.24.

> autorités américaines doivent procéder à deux inspections visuelles, l'une au stade de la floraison et l'autre au stade du jeune fruit, afin de déceler tout symptôme du feu bactérien. Les autorités japonaises et américaines doivent inspecter conjointement ces sites au moment de la récolte. Des inspections supplémentaires doivent être effectuées après des orages violents (averses de grêle, par exemple);
>
> e) les pommes récoltées doivent être désinfectées en surface, par immersion dans une solution d'hypochlorite de sodium;
>
> f) les conteneurs utilisés pour la récolte doivent être désinfectés par un traitement au chlore;
>
> g) l'intérieur des installations d'emballage doit être désinfecté par un traitement au chlore;
>
> h) les fruits destinés au Japon doivent être séparés des autres fruits après la récolte;
>
> i) les autorités phytosanitaires américaines doivent certifier que les fruits sont exempts du feu bactérien et on été traités au chlore après la récolte;
>
> j) les autorités japonaises doivent confirmer la certification établie par les autorités américaines et doivent inspecter les installations d'emballage.[41] (note de bas de page omise)

16. À l'audience, aucun participant n'a contesté le fait que la mesure définie par le Groupe spécial de la façon indiquée dans le paragraphe précédent, découlant de l'application de plusieurs instruments juridiques relatifs aux restrictions quarantenaires et autres imposées par le Japon pour les produits agricoles importés, était la mesure qui nous était soumise en appel.[42]

III. Arguments des participants et des participants tiers

A. *Allégations d'erreur formulées par le Japon – Appelant*

1. Article 2:2 de l'*Accord SPS*

17. Le Japon fait valoir que le Groupe spécial, quand il a évalué l'allégation des États-Unis au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*, a fait erreur en concluant que la mesure du Japon, telle qu'elle était appliquée aux pommes infectées *et* aux pommes mûres asymptomatiques, était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes. Selon lui, le Groupe spécial n'a pas attribué convenablement la charge de la preuve dans le cadre de l'article 2:2 car il est arrivé à tort à une conclusion relative à

[41] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.25 a) à j).

[42] Réponses du Japon et des États-Unis aux questions posées à l'audience.

l'allégation des États-Unis bien que ceux-ci n'aient pas établi l'existence d'éléments *prima facie* en ce qui concerne soit les pommes infectées, soit les pommes mûres asymptomatiques.

18. Premièrement, pour ce qui est des pommes *infectées*, le Japon allègue que, pour établir l'existence d'éléments *prima facie* concernant le caractère suffisant des preuves scientifiques relatives au risque d'aboutissement de la filière de transmission du feu bactérien par le biais des pommes infectées, les États-Unis auraient dû prouver soit i) que la filière ne serait pas suivie jusqu'au bout même si des pommes infectées étaient exportées vers le Japon, *soit* ii) que les preuves scientifiques du Japon relatives à ce risque seraient néanmoins insuffisantes pour la mesure en question. Or le Japon fait valoir que les États-Unis ont limité leurs preuves sur la question des filières du feu bactérien à la transmission de la maladie par des pommes mûres asymptomatiques. Par conséquent, selon le Japon, les États-Unis n'ont présenté aucune allégation factuelle ou preuve concernant les pommes infectées. En fait, selon le Japon, les États-Unis "ont explicitement écarté toute tentative ou intention" d'établir *prima facie* l'insuffisance des preuves scientifiques concernant le risque créé par les pommes infectées.[43] Du fait que cet élément n'avait pas été établi *prima facie*, le Japon fait valoir que le Groupe spécial était tenu de constater que le Japon n'avait pas agi d'une manière incompatible avec ses obligations dans le cadre de l'article 2:2.

19. Le Japon estime que la constatation du Groupe spécial selon laquelle il avait agi d'une manière incompatible s'agissant de l'application de sa mesure aux pommes infectées reposait sur l'opinion du Groupe spécial selon laquelle c'était au Japon qu'incombait la charge de la preuve concernant le risque créé par les pommes infectées. Le Japon soutient que, du fait que les États-Unis avaient refusé d'affirmer et de prouver l'existence d'éléments *prima facie* pour ce qui est des pommes infectées, ils n'étaient pas habilités à présumer que la mesure était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes. Citant le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *CE - Hormones*, le Japon fait valoir en outre que le déplacement de la charge de la preuve vers le Japon opéré par le Groupe spécial avait été "prématuré"[44] parce qu'il avait eu lieu *avant* que les États-Unis ne démontrent l'existence d'éléments *prima facie*. Par conséquent, selon le Japon, le Groupe spécial a fait erreur en ne tenant pas compte du fait que les États-Unis n'avaient pas établi l'existence d'éléments *prima facie* et donc en faisant passer la charge de la preuve au Japon.

20. Le Japon cite les explications possibles qui pourraient justifier une constatation par un groupe spécial sans que l'existence d'éléments *prima facie* ait été établie. Il soutient que ces explications possibles ne sont pas applicables en l'espèce ou ne sont pas fondées en droit. Premièrement, il

[43] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 23.

[44] *Ibid.*, page 7, intertitre *ii*.

examine la possibilité qu'un groupe spécial soit autorisé à constater un fait particulier – qui n'a pas été spécifiquement affirmé par le plaignant – si la partie plaignante a formulé une affirmation factuelle générale dans le cadre de la disposition considérée. Le Japon fait valoir cependant qu'en l'espèce, les États-Unis non seulement n'ont pas formulé d'allégation factuelle particulière relative aux pommes infectées, mais ont consciemment refusé de faire cette allégation factuelle et ont demandé que le Groupe spécial supprime la constatation. Par conséquent, selon le Japon, il n'existe aucun argument factuel *général* de la partie plaignante pouvant servir d'argument "global" dans le cadre duquel le Groupe spécial aurait pu formuler une constatation spécifique.[45]

21. Le Japon envisage aussi la possibilité qu'un groupe spécial soit autorisé à "distiller" l'argumentation de la partie plaignante pour en tirer une thèse générale, que cette partie ait en fait formulé ou non une allégation particulière.[46] Cependant, selon le Japon, l'Organe d'appel a "rejeté *implicitement* cette sorte de distillation arbitraire d'arguments"[47] en infirmant la constatation faite par le Groupe spécial au titre de l'article 5:6 de l'*Accord SPS* dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*.[48]

22. Enfin, le Japon allègue que la conclusion du Groupe spécial concernant les pommes *infectées* pourrait être compréhensible si le risque de dissémination du feu bactérien par le biais des pommes infectées était un "*moyen de défense*", pour lequel la charge de la preuve incombe normalement au défendeur.[49] Or, le Japon fait valoir que l'article 2:2 n'impose au Membre importateur aucune prescription en matière de preuve. Par conséquent, selon lui, c'est au plaignant qu'il incombe de prouver qu'il n'y a pas de preuves scientifiques suffisantes pour la mesure en ce qui concerne une filière particulière, et non au défendeur qu'il incombe d'établir l'existence de telles preuves.

23. Pour le Japon, la constatation d'incompatibilité avec l'article 2:2 formulée par le Groupe spécial est fondée en partie sur la constatation erronée de l'établissement de l'existence d'éléments *prima facie* en ce qui concerne les pommes *infectées*. Par conséquent, le Japon demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause est maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

24. Passant à l'aspect de son allégation relatif aux pommes mûres asymptomatiques, le Japon allègue que le Groupe spécial n'a pas respecté le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 2:2 à un Membre importateur s'agissant de l'évaluation des preuves scientifiques pertinentes. Il estime qu'une

---

[45] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 30.

[46] *Ibid*., paragraphe 32.

[47] *Ibid*. (italique dans l'original)

[48] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 143 h).

[49] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 38. (italique dans l'original)

interprétation erronée de l'article 2:2 a conduit le Groupe spécial à conclure, à tort, que les États-Unis avaient établi l'existence d'éléments *prima facie* au titre de l'article 2:2 en ce qui concerne les pommes mûres asymptomatiques.

25. Le Japon affirme que l'article 2:2 n'impose à un Membre aucune méthode spécifique pour évaluer les preuves scientifiques. Par conséquent, il estime que cette disposition devrait être interprétée et appliquée de façon à laisser au Membre importateur un "certain pouvoir discrétionnaire" pour ce qui est de la façon de choisir, de peser et d'évaluer de telles preuves scientifiques.[50] Le Japon fait valoir que le Groupe spécial n'a pas tenu compte de ce pouvoir discrétionnaire quand il a examiné les preuves scientifiques présentées par le Japon parce que "le Groupe spécial a évalué les preuves scientifiques en suivant l'opinion des experts, malgré l'opinion contraire d'un Membre importateur (le Japon)".[51] À titre d'exemple de l'approche inappropriée suivie par le Groupe spécial, le Japon relève que celui-ci a constaté qu'"il [était] improbable que des pommes mûres soient *infectées* par le feu bactérien si elles ne présent[aient] aucun symptôme", bien que le Japon ait présenté une preuve constituée par une expérience qui semblait indiquer le contraire.[52]

26. Le Japon précise que l'analyse des risques faite par le Groupe spécial différait de l'analyse des risques entreprise par le Japon. Selon lui, le Groupe spécial a divisé en éléments individuels le risque global que les pommes servent de filière pour l'entrée, l'établissement et la dissémination du feu bactérien; a défini le niveau de risque pour chaque élément; et a examiné si le risque correspondant à chaque élément avait été établi sur la base de preuves scientifiques suffisantes.[53] En revanche, le Japon fait valoir que son évaluation du risque tient compte des faits historiques de la dissémination transocéanique de la bactérie, de la croissance rapide du commerce international et de l'insuffisance des connaissances sur les filières de transmission du feu bactérien. Il soutient que le Groupe spécial n'aurait pas dû écarter l'approche japonaise de l'évaluation du risque, qui était "raisonnable ainsi que scientifique" et s'appuyait sur "la prudence et la précaution".[54] Par conséquent, selon le Japon, dans son analyse incorrecte des preuves scientifiques sur lesquelles étaient fondées la mesure du Japon, le Groupe spécial n'a pas reconnu le pouvoir discrétionnaire conféré à un Membre importateur par l'article 2:2.

---

[50] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 76.

[51] *Ibid.*, paragraphe 78.

[52] *Ibid.*, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.139. (italique dans l'original)

[53] *Ibid.*, paragraphe 72, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.89, 8.122, 8.139, 8.153, 8.157 et 8.161.

[54] *Ibid.*, paragraphes 81 et 82.

27. Le Japon affirme que le Groupe spécial, du fait de son interprétation erronée de l'article 2:2, a constaté à tort que les États-Unis avaient établi l'existence d'éléments *prima facie* en ce qui concerne les pommes mûres asymptomatiques. Il estime que les États-Unis n'ont pas "établi de présomption qu'il n'y [avait] pas d'études ni de rapports scientifiques *pertinents*"[55] à l'appui de la mesure en cause parce qu'ils n'ont pas réfuté les points suivants établis par le Japon: i) la cause inconnue de la dissémination transocéanique du feu bactérien; et ii) la possibilité qu'une pomme physiologiquement mûre soit infectée et expédiée vers le Japon avant l'apparition de symptômes perceptibles. En conséquence, selon le Japon, le Groupe spécial n'a pas pu conclure à juste titre que la mesure était incompatible avec les obligations du Japon dans le cadre de l'article 2:2.

28. En conséquence, le Japon demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause est maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

2. Article 5:7 de l'*Accord SPS*

29. Le Japon conteste l'interprétation trop "étroite"[56] donnée par le Groupe spécial de l'article 5:7 de l'*Accord SPS* et la constatation qu'il a formulée en conséquence, selon laquelle le risque de transmission du feu bactérien des pommes des États-Unis aux plantes du Japon ne constituait pas un "cas où les preuves scientifiques pertinentes [étaient] insuffisantes", comme l'exigeait l'article 5:7.

30. Le Japon affirme que, selon le Groupe spécial, l'article 5:7 ne s'applique pas à la présente situation concernant le feu bactérien, dans laquelle il existe des études scientifiques et une expérience pratique, parce que l'article 5:7 a été conçu pour des situations "où l'on n'avait pas ou peu *de preuves dignes de foi sur la question considérée*".[57] Selon le Japon, cette lecture de la disposition est "beaucoup trop étroite" parce que l'article 5:7 devrait aussi s'appliquer à une situation dans laquelle, bien qu'il existe une documentation abondante concernant un "certain phénomène phytosanitaire"[58], ce phénomène présente des aspects particuliers au sujet desquels des preuves ne sont pas disponibles ou des questions restent sans réponse.[59]

---

[55] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 83, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.106. (italique dans l'original)

[56] *Ibid*., paragraphe 94.

[57] *Ibid*., paragraphe 93, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.219. (italique ajouté par le Japon)

[58] *Ibid*., paragraphe 94.

[59] *Ibid*.

31. Le Japon soutient que le Groupe spécial s'est appuyé à tort sur l'affaire *Japon – Produits agricoles II* pour sa lecture de l'article 5:7 puisque la décision de l'Organe d'appel dans cette affaire n'exclut pas *a priori* l'application de l'article 5:7 même quand les preuves scientifiques pertinentes sont suffisantes *"en général"*.[60] Le Japon affirme que l'expression "où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes" figurant à l'article 5:7 devrait être interprétée comme ayant trait à une "situation *particulière*" en rapport avec une "mesure *particulière*" ou un "risque *particulier*".[61] Par conséquent, il fait valoir que des situations différentes concernant la même maladie devraient être examinées séparément, et non en général, aux fins de l'article 5:7, parce qu'elles pourraient faire intervenir "deux ensembles séparés de preuves ou de renseignements qui sont matériellement différents l'un de l'autre".[62]

32. Le Japon estime que la conclusion donnée par le Groupe spécial dans son analyse au titre de l'article 5:7 repose sur son évaluation selon laquelle, en ce qui concerne le feu bactérien, "les études scientifiques et l'expérience pratique [s'étaient] accumulées depuis 200 ans".[63] Il soutient que le Groupe spécial n'était pas habilité à fonder ses conclusions sur l'"historique" de 200 ans d'études et d'expériences pratiques parce que les États-Unis n'avaient pas allégué que cet "historique" allait à l'encontre de l'adoption de la mesure provisoire par le Japon dans le cadre de l'article 5:7.[64] Selon le Japon, étant donné que les États-Unis n'avaient pas eux-mêmes soulevé une telle objection fondée sur l'"historique" des preuves et de l'expérience relatives au feu bactérien, le Groupe spécial ne pouvait pas tirer de conclusion concernant l'article 5:7 sur la base de cet "historique".

33. Le Japon fait valoir en outre que l'interprétation de l'article 5:7 donnée par le Groupe spécial établit implicitement une distinction inappropriée entre ce que le Japon définit comme étant une "incertitude non réglée" et une "incertitude nouvelle", et qu'une telle distinction est incompatible avec le texte de l'*Accord SPS*. Il emploie l'expression "incertitude non réglée" pour désigner une incertitude que les preuves scientifiques existantes ne permettent pas de régler bien qu'elles se soient accumulées pendant une longue période.[65] Une "incertitude nouvelle", selon le Japon, désigne les cas

---

[60] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 95, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.218. (italique dans l'original)

[61] *Ibid.*, paragraphe 96. (pas d'italique dans l'original)

[62] *Ibid.*, paragraphe 96.

[63] *Ibid.*, paragraphe 93, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.219; et paragraphe 97.

[64] *Ibid.*, paragraphe 97.

[65] *Ibid.*, paragraphe 98.

où un risque nouveau a été détecté et où il n'existe que peu ou pas de preuves scientifiques fiables le concernant.[66]

34. Le Japon allègue que l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 5:7 interdirait son applicabilité pour autant que des études scientifiques ainsi qu'une expérience pratique sur le risque en général se soient accumulées au fil des ans. Selon lui, cela impliquerait que les cas d'"incertitude non réglée" ne seraient pas visés par l'article 5:7; il estime qu'une telle "inflexibilité" n'est pas fondée sur le texte ou sur une interprétation correcte de la disposition.[67] Pour le Japon, l'article 5:7 n'établit aucune distinction entre une "incertitude nouvelle" et une "incertitude non réglée" et englobe donc les deux types d'incertitude.

35. Le Japon affirme que le critère des "preuves scientifiques suffisantes" énoncé à l'article 2:2 exige un lien rationnel entre les preuves et une mesure *particulière*. Il fait aussi observer que, dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, l'Organe d'appel a décrit l'article 5:7 comme étant une "exemption *assortie de réserves*"[68] de la prescription imposant des "preuves scientifiques suffisantes" énoncée à l'article 2:2. Ainsi, le Japon allègue que dans le contexte de l'article 2:2, l'expression "cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes" figurant à l'article 5:7 devrait être interprétée correctement comme faisant référence à "une situation particulière concernant une *mesure* particulière à laquelle l'article 2:2 s'applique (ou un risque particulier) mais non à une *question* particulière en général, ce sur quoi l'article 2:2 ne porte pas".[69]

36. Étant donné que l'article 5:7 est censé viser les situations d'"incertitude non réglée" ainsi que d'"incertitude nouvelle", le Japon fait valoir qu'en l'espèce le Groupe spécial n'a pas prêté attention à tort à l'"incertitude non réglée". Il affirme qu'en l'espèce, le Groupe spécial a constaté qu'il restait encore une "incertitude scientifique non réglée" en ce qui concerne le risque d'expédition de pommes infectées, malgré 200 ans d'expérience du feu bactérien.[70] Selon lui, les experts eux-mêmes ont indiqué qu'il était nécessaire de faire preuve de prudence s'agissant de l'incertitude non réglée, car ils estimaient raisonnable de continuer à exiger que le verger soit exempt du feu bactérien, et ils ont exprimé de vives réserves quant à la possibilité d'éliminer immédiatement tous les éléments de la mesure phytosanitaire du Japon. Celui-ci fait valoir en outre qu'une nouvelle expérience qu'il a présentée pendant les travaux du Groupe spécial pour montrer la possibilité d'infection de l'intérieur

---

[66] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 98, et note de bas de page 76 y relative.

[67] *Ibid.*, paragraphe 100.

[68] *Ibid.*, paragraphe 102, citant le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 80. (italique dans l'original)

[69] *Ibid.*, paragraphe 102. (italique dans l'original)

[70] *Ibid.*, paragraphe 106.

de la pomme par l'intermédiaire du pédoncule n'a été contestée par aucun des experts consultés par le Groupe spécial. Pour le Japon, les résultats de l'expérience indiquent que les renseignements disponibles sur l'infection des fruits sont loin d'être concluants, contrairement à ce qu'affirment les États-Unis. Le Japon ajoute que le fait que d'autres pays n'imposent pas de mesures phytosanitaires pour faire face à l'"incertitude non réglée" concernant le feu bactérien ne signifie pas nécessairement qu'une telle incertitude n'existe pas ou soit négligeable. Au lieu de cela, selon le Japon, chaque Membre importateur a la prérogative de déterminer, en fonction de son propre niveau de protection, s'il acceptera cette incertitude.

37. Le Japon soutient en outre que la présente affaire fait intervenir une "incertitude nouvelle" *ainsi qu*'une "incertitude non réglée". Se référant au témoignage des experts, il fait valoir que s'il devait éliminer ou modifier sa mesure phytosanitaire pour la rendre conforme à l'article 2:2, l'incidence de cette action créerait une "incertitude nouvelle" car le changement opéré pour respecter les prescriptions phytosanitaires entraînerait une situation de risque nouvelle pour laquelle il n'existait que peu, voire pas de preuves dignes de foi. Par conséquent, selon le Japon, même avec l'interprétation indûment étroite donnée par le Groupe spécial de l'article 5:7, cette disposition devrait être considérée comme applicable à la présente affaire.

38. Le Japon déclare que le Groupe spécial a fait erreur en concluant que la première des quatre conditions préalables nécessaires à l'application d'une mesure provisoire conformément à l'article 5:7 (c'est-à-dire l'existence d'un cas où les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes), telles qu'elles ont été formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, n'était pas remplie. Il affirme en outre que le Groupe spécial aurait dû examiner si la mesure du Japon satisfaisait aux trois prescriptions restantes à remplir pour qu'une mesure provisoire puisse être appliquée. En conséquence, le Japon demande que l'Organe d'appel complète l'analyse juridique en ce qui concerne les trois conditions préalables restantes, définies dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, qui sont nécessaires à l'application d'une mesure provisoire.[71] À cet égard, le Japon estime qu'il satisfait aux trois prescriptions restantes.

39. Le Japon demande donc à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 5:7, de compléter l'analyse juridique et de constater que la mesure du Japon constitue une mesure provisoire conforme à l'article 5:7 de l'*Accord SPS*.[72]

[71] Voir *infra*, paragraphe 60.

[72] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 121.

3. Article 5:1 de l'*Accord SPS*

40. Le Japon fait appel de l'interprétation juridique donnée par le Groupe spécial de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*. Il allègue que la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon a agi d'une manière incompatible avec l'article 5:1 repose sur cette interprétation erronée, en particulier, sur les trois erreurs de droit commises par le Groupe spécial quand il a appliqué l'article 5:1 dans son examen de l'évaluation des risques faite par le Japon (désignée par le Groupe spécial sous le nom de "ARP de 1999").[73]

41. Premièrement, le Japon allègue que le Groupe spécial a interprété à tort l'article 5:1 comme exigeant que l'évaluation des risques soit "spécifique" aux pommes. Selon le Japon, l'article 5:1 exige une "évaluation des risques" mais ne précise pas la *manière* précise dont cette évaluation doit être menée. En tant que telle, selon le Japon, la prescription concernant la "spécificité", définie dans l'affaire *CE – Hormones*, devrait être comprise comme faisant référence à la "[spécificité] du risque" plutôt qu'à la "façon dont une évaluation des risques est effectuée".[74] Sur la base de cette interprétation, le Japon ne juge pas juridiquement significative l'observation du Groupe spécial selon laquelle l'évaluation des risques faite par le Japon a été "effectuée sur la base d'une *évaluation générale* des possibilités d'introduction du feu bactérien au Japon par différents hôtes, y compris - *mais pas exclusivement - les pommes*".[75] Le Japon insiste sur le fait qu'il a mené l'évaluation des risques phytosanitaires concernant le feu bactérien en suivant sa propre "méthodologie", à savoir une méthodologie qui prend en compte "toute importation de plantes et de fruits pouvant être des vecteurs potentiels de la bactérie".[76] Le choix d'une telle méthodologie, selon le Japon, relève sans aucun doute du pouvoir discrétionnaire accordé à chaque Membre importateur par l'article 5:1 pour la

---

[73] L'"ARP de 1999" désigne le "Report on Pest Risk Analysis concerning Fire Blight Pathogen (*Erwinia amylovora*) - Fresh apples produced in the United States of America", *Ministère de l'agriculture, des forêts et des pêches, Division phytosanitaire* (août 1999); pièce n° 32 du Japon présentée par le Japon au Groupe spécial. Cette analyse du risque phytosanitaire fait suite à une analyse du même type plus ancienne considérée par le Groupe spécial comme étant pertinente pour l'entrée et la dissémination du feu bactérien (rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.246) et désignée par le Japon sous le titre "Pest Risk Analysis concerning Fire Blight Pathogen (*Erwinia amylovora*)" (1996); pièce n° 31 du Japon présentée par le Japon au Groupe spécial. Celui-ci a fait observer que "les parties conv[enaient] que l'ARP de 1999 [était] le principal document pertinent" à examiner en tant qu'évaluation des risques effectuée par le Japon conformément à l'article 5:1 de l'*Accord SPS*. (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.247) À l'audience, les deux participants ont réaffirmé que l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 5:1 était centrée sur l'ARP de 1999.

[74] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 129.

[75] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.270. (pas d'italique dans l'original)

[76] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 128.

réalisation de son évaluation des risques. Par conséquent, le Japon fait valoir qu'il serait "erroné de constater que l'ARP de 1999 n'était pas assez spécifique".[77]

42. Deuxièmement, le Japon soutient que le Groupe spécial a interprété à tort l'article 5:1 comme exigeant du Japon qu'il "examin[e] [toute] mesure autre que celles qu'il appliquait".[78] Il estime que l'examen d'autres mesures phytosanitaires relève de la "*méthodologie*" suivie pour l'évaluation des risques, ce sur quoi l'article 5:1 ne porte pas.[79] Il fait observer que dans le cadre de sa méthodologie d'évaluation des risques, quand un Membre exportateur présente "une demande spécifique et une proposition [pour que l'interdiction des importations en cause soit levée], il faudrait procéder à une évaluation des risques liée à cette proposition précise".[80] Il fait valoir que son recours à des "mesures cumulatives" résulte non de l'inadéquation de son évaluation des risques, comme le Groupe spécial le donne à entendre, mais du "niveau de protection élevé" qu'il cherche à atteindre.[81] Par conséquent, selon lui, l'article 5:1 n'exige pas qu'il ait examiné d'autres mesures dans son évaluation des risques.

43. Enfin, le Japon fait valoir que le Groupe spécial a évalué à tort l'évaluation des risques du Japon à la lumière de renseignements qui n'ont été disponibles qu'après cette évaluation. Il établit une distinction entre i) la conformité avec l'article 5:1 au moment de l'évaluation des risques "initiale" et ii) la conformité "continue" avec l'article 5:1 à la lumière de renseignements ultérieurs.[82] Il fait valoir que, dans le premier cas, le Membre importateur devrait "achever totalement" une évaluation des risques, conformément à l'*Accord SPS* et sur la base des "renseignements disponibles à [ce] moment".[83] Dans le deuxième cas, la prescription imposant une "évaluation des risques complète et formelle"[84] immédiatement après la découverte de nouvelles preuves serait "déraisonnable"[85] et, par conséquent, les preuves découvertes récemment ne devraient être examinées que "dans le cas où l'on cherche à savoir si … la partie *continue de se conformer* à l'article 5:1".[86]

44. En ce qui concerne les renseignements ultérieurs, le Japon avance trois raisons de considérer comme "déraisonnable" la prescription imposant une évaluation des risques "complète".

---

[77] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 129.

[78] *Ibid*., paragraphe 133, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.285.

[79] *Ibid*., paragraphe 133. (pas d'italique dans l'original)

[80] *Ibid*., paragraphe 133.

[81] *Ibid*., paragraphe 134.

[82] *Ibid*., paragraphe 136.

[83] *Ibid*., paragraphe 135.

[84] *Ibid*., paragraphe 136.

[85] *Ibid*., paragraphe 138.

[86] *Ibid*., paragraphe 136. (pas d'italique dans l'original)

Premièrement, il fait valoir que le Membre importateur devrait avoir la possibilité de se demander si les renseignements récents justifient nécessairement une nouvelle évaluation des risques. Deuxièmement, puisqu'il n'existe aucune prescription dans l'*Accord SPS* imposant qu'une évaluation des risques soit un processus formel, et étant donné que le Japon a déjà tenu compte des preuves récentes versées au dossier par les États-Unis et la Nouvelle-Zélande pendant les travaux du Groupe spécial, le Japon estime qu'il a déjà "satisfait sur le fond aux prescriptions en matière d'évaluation des risques" figurant à l'article 5:1.[87] Enfin, il fait observer qu'un processus formel d'évaluation des risques est long à achever et que l'examen de renseignements nouvellement disponibles est un "processus continu".[88] Étant donné qu'un Membre importateur ne prend connaissance de tels renseignements que de façon "parcellaire", le Japon fait valoir qu'on ne peut attendre de ce Membre qu'il procède à une "évaluation des risques complète" pour chaque nouvelle preuve.[89] Par conséquent, selon lui, "la prescription imposant une évaluation des risques formelle devrait signifier que l'évaluation doit être faite en temps voulu".[90]

45. Le Japon demande donc à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial concernant l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

4. Article 11 du Mémorandum d'accord

a) Évaluation objective par le Groupe spécial au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*

46. Le Japon conteste en appel l'analyse faite par le Groupe spécial de l'aboutissement de la dernière étape de la filière de transmission du feu bactérien par des pommes "infectées". Selon lui, les erreurs du Groupe spécial dans cette analyse constituent un manquement à l'obligation de procéder à une "évaluation objective des faits de la cause" conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord.

47. Premièrement, se référant au raisonnement exposé par le Groupe spécial au paragraphe 8.166 de son rapport, le Japon fait valoir que les preuves et les opinions d'experts sur lesquelles le Groupe spécial s'est appuyé portaient essentiellement sur la filière de transmission du feu bactérien par les pommes mûres asymptomatiques et ne concernaient pas la filière partant des pommes *infectées*. Il soutient que le Groupe spécial n'a pas indiqué comment les preuves relatives aux pommes *mûres asymptomatiques* devraient être appliquées à la question des pommes *infectées* et que, par conséquent,

---

[87] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 137.

[88] *Ibid.*, paragraphe 138.

[89] *Ibid.*

[90] *Ibid.*

il s'est appuyé à tort sur de telles preuves pour arriver à une conclusion concernant *toutes* les sortes de pommes.

48. Deuxièmement, le Japon affirme que, dans le même paragraphe de son rapport, le Groupe spécial, en examinant les preuves constituées par des expériences sur des pommes inoculées, a commis une "erreur factuelle"[91] en déclarant que les "pommes jetées n'[avaient] montré aucune contamination visible, *même lorsque la présence d'un exsudat était signalée*".[92] Selon le Japon, cette déclaration donne une description erronée des études scientifiques de base, qui indiquaient en fait qu'aucun exsudat n'avait été observé, et est incompatible avec d'autres preuves versées au dossier du Groupe spécial. Une "erreur [aussi] importante" dans cette constatation, selon le Japon, "donne à entendre que ce paragraphe essentiel sur l'aboutissement de la filière n'a pas fait l'objet d'une réflexion approfondie" et est donc incompatible avec le critère d'examen énoncé à l'article 11 du Mémorandum d'accord.[93]

49. Troisièmement, le Japon fait observer que le Groupe spécial a rejeté l'argument des États-Unis selon lequel la prudence sur laquelle les experts ont insisté à propos des modifications de la mesure du Japon devrait être considérée comme équivalente à un "risque théorique", tel que ce risque a été décrit par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*.[94] En rejetant cette description, le Japon fait valoir que le Groupe spécial a nécessairement estimé que le risque créé par les pommes infectées était "réel" et a reconnu implicitement que la filière partant des pommes infectées pouvait en fait être suivie jusqu'au bout.[95] Selon le Japon, la détermination faite par le Groupe spécial selon laquelle le risque de transmission du feu bactérien par les pommes infectées n'était pas "théorique" ne peut pas être conciliée avec sa constatation sur la probabilité d'aboutissement de la filière.

50. Quatrièmement, le Japon soutient que le Groupe spécial, dans son analyse, n'a pas dûment tenu compte du "principe de précaution" et de la nécessité de faire preuve de prudence qui a été exprimée par les experts. Il allègue que, bien que les recommandations de prudence formulées par les experts "n'indiquent pas de filière concrète de dissémination de la maladie"[96], le fait que le Groupe spécial ne leur a pas accordé "davantage d'importance"[97] dans son évaluation des preuves est

---

[91] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 52.

[92] *Ibid.*, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.166. (italique ajouté par le Japon)

[93] *Ibid.*, paragraphe 54.

[94] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 186.

[95] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 61.

[96] *Ibid.*, paragraphe 68.

[97] *Ibid.*, paragraphe 69.

incompatible avec le devoir qui lui incombe de procéder à une "évaluation objective des faits de la cause" conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord.

51. Compte tenu de ces erreurs dans l'évaluation faite par le Groupe spécial des faits de la cause, le Japon demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses fonctions prévues à l'article 11 du Mémorandum d'accord en ce qui concerne son évaluation de l'allégation des États-Unis au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

b) Évaluation objective par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*

52. Le Japon allègue que le Groupe spécial ne s'est pas acquitté de ses obligations prévues à l'article 11 du Mémorandum d'accord quand il a évalué l'allégation des États-Unis au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*. En particulier, il conteste les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles, dans son évaluation des risques (l'ARP de 1999), le Japon avait insuffisamment analysé la "probabilité" et les "filières" quand il avait examiné la probabilité de l'entrée, de l'établissement et de la dissémination du feu bactérien.

53. En ce qui concerne la "probabilité" examinée dans l'évaluation des risques, le Japon conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'ARP de 1999 ne donnait aucune évaluation "quantitative ou qualitative" de la "probabilité" d'entrée, d'établissement ou de dissémination du feu bactérien au Japon.[98] Selon lui, le Groupe spécial est parvenu à cette conclusion erronée du fait qu'il "n'a pas tenu compte des documents fournis par le Japon qui apportaient des éclaircissements" et s'est appuyé uniquement sur sa propre compréhension et interprétation de l'évaluation des risques contenue dans l'ARP de 1999.[99] En ce qui concerne l'examen des "filières" de transmission dans le cadre de l'évaluation des risques, le Japon allègue que le Groupe spécial a là aussi centré exclusivement son attention sur le texte de l'ARP de 1999 et n'a pas tenu compte des communications et autres documents explicatifs du Japon sur la question. Une telle "répugnance manifeste" à examiner les preuves et les explications supplémentaires présentées par le Japon constitue, selon lui, un manquement à l'obligation de procéder à une "évaluation objective des faits de la cause".[100]

[98] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 130, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.275.

[99] *Ibid.*, paragraphe 131.

[100] *Ibid.*, paragraphe 132.

54. Le Japon demande donc à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec ses obligations dans le cadre de l'article 11 du Mémorandum d'accord quand il a évalué l'allégation des États-Unis au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

B. *Arguments des États-Unis - Intimé*

1. Article 2:2 de l'*Accord SPS*

55. Puisque les États-Unis pensent comme le Japon que le Groupe spécial a fait erreur en formulant des constatations concernant les pommes non mûres[101], ils limitent leur analyse au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS* aux pommes "mûres asymptomatiques". À cet égard, ils font valoir que les arguments du Japon en faveur d'une infirmation des constatations du Groupe spécial sont fondés soit sur une nouvelle pondération des éléments de preuve présentés au Groupe spécial, soit sur l'imposition de critères juridiques qui "ne figurent pas dans l'Accord SPS".[102]

56. Les États-Unis allèguent tout d'abord que les allégations du Japon au titre de l'article 2:2 constituent une contestation de l'établissement des faits par le Groupe spécial. Ces allégations, selon les États-Unis, concernent la manière dont le Groupe spécial a pondéré l'importance de l'étude de van der Zwet de 1990[103] et de l'histoire de la dissémination transocéanique du feu bactérien, ainsi que les conclusions factuelles du Groupe spécial concernant la possibilité d'infection des pommes mûres asymptomatiques. Les États-Unis estiment qu'une telle contestation de l'établissement des faits par le Groupe spécial ne peut être soulevée en appel que dans le cadre d'une allégation au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. Ils relèvent que le Japon n'allègue pas qu'il y a violation de l'article 11 en ce qui concerne ces questions. En conséquence, de l'avis des États-Unis, les allégations du Japon au titre de l'article 2:2 devraient être rejetées par l'Organe d'appel et la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon a agi d'une manière incompatible avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS* devrait être confirmée.

57. Les États-Unis rejettent les arguments du Japon selon lesquels le Groupe spécial n'a pas donné le poids approprié à l'interprétation des éléments de preuve faite par le Japon, et n'a donc pas accordé au Membre importateur le "pouvoir discrétionnaire" approprié dans l'évaluation des preuves

---

[101] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 5. Voir aussi, *infra*, les paragraphes 82 et suivants.

[102] *Ibid.*, paragraphe 15.

[103] T. van der Zwet *et al.*, "Population of *Erwinia amylovora* on External and Internal Apple Fruit Tissues", *Plant Disease* (1990), volume 74, pages 711 à 716; pièce n° 7 du Japon, présentée par le Japon au Groupe spécial.

scientifiques et l'établissement consécutif d'une mesure phytosanitaire.[104] Selon les États-Unis, le "pouvoir discrétionnaire" qu'ont les Membres importateurs ne devrait pas empêcher un groupe spécial de constater que l'appréciation d'un Membre n'est pas étayée par des preuves scientifiques. De l'avis des États-Unis, la position du Japon est incompatible avec ce que l'Organe d'appel a dit dans l'affaire *Australie – Saumons*, à savoir que les groupes spéciaux "ne sont pas tenus d'attribuer aux éléments probants factuels des parties le même sens et le même poids que ce qu'elles leur donnent".[105] Les États-Unis estiment que la position du Japon "reflète" aussi l'interprétation qui a été avancée par le Japon et rejetée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*.[106]

58. Les États-Unis contestent l'argument du Japon selon lequel ils n'ont pas prouvé l'absence de preuves scientifiques en ce qui concerne les pommes "mûres asymptomatiques" en tant que filière. Ils affirment que le Japon "déforme la charge [de la preuve] applicable": il transforme la prescription imposant d'"établir une présomption" qu'il n'y avait pas de preuves scientifiques pertinentes étayant la mesure en une obligation de "prouver l'absence de preuves scientifiques".[107] Les États-Unis soutiennent que l'*Accord SPS* ne peut pas être interprété comme imposant au Membre plaignant la charge soit de prouver une "négation"[108], soit de réfuter "toute spéculation sur des risques hypothétiques".[109] Selon les États-Unis, le Japon lui-même a reconnu que s'acquitter d'une telle charge de la preuve serait une tâche "impossible".[110] Les États-Unis font valoir que, face à cette impossibilité, une partie plaignante doit avoir la possibilité d'établir une présomption de l'absence de preuves scientifiques pertinentes.

59. Les États-Unis rappellent que l'article 2:2 exige qu'une mesure ne soit pas maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes". Selon eux, cette prescription ne veut pas dire que l'"incertitude" sera complètement levée parce que l'"incertitude" est une caractéristique inhérente à la science, qui ne peut pas offrir de certitude absolue, comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans l'affaire *CE - Hormones*.[111] Compte tenu de cette incertitude qui ne peut jamais être levée, les États-Unis rejettent au motif qu'elle est spéculative l'argumentation du Japon donnant à penser que "la pomme *peut avoir*

[104] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 19, citant la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 76.

[105] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 267.

[106] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 19, citant le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 82.

[107] *Ibid*., paragraphe 21.

[108] *Ibid*., paragraphe 22.

[109] *Ibid*., paragraphe 20.

[110] *Ibid*., paragraphe 22, citant la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 85.

[111] *Ibid*., paragraphe 23, citant le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 186.

été le moyen par lequel la dissémination transocéanique du feu bactérien s'est produite dans le passé" ou que "la bactérie *E. amylovora peut* être présente dans des pommes physiologiquement mûres".[112] Les États-Unis allèguent que ces propositions sont fondées respectivement sur des allégations indiquant que les causes de la dissémination transocéanique sont encore inconnues et que le moment de la maturité n'est pas précis. Une telle "spéculation", de l'avis des États-Unis, ne peut pas constituer des "preuves scientifiques suffisantes" face à des recherches établissant que les pommes mûres ne sont pas une filière de transmission du feu bactérien.

60. En conséquence, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure du Japon, telle qu'elle est appliquée aux pommes mûres asymptomatiques, est maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" et est donc incompatible avec les obligations du Japon au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

2. Article 5:7 de l'*Accord SPS*

61. Les États-Unis souscrivent à l'interprétation du Groupe spécial et à son application de l'article 5:7 de l'*Accord SPS*. Ils demandent à l'Organe d'appel de rejeter l'appel du Japon à cet égard et de confirmer en conséquence les constatations du Groupe spécial.

62. Les États-Unis soutiennent que le simple fait qu'une certaine incertitude existe dans les preuves présentées au Groupe spécial, qu'elle soit "non réglée" ou "nouvelle", ne peut justifier la conclusion que les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes. Selon eux, une telle conclusion doit être fondée sur une évaluation des preuves elles-mêmes. Les États-Unis ajoutent, pour illustrer ce point, que l'incertitude quant au moyen par lequel la dissémination transocéanique du feu bactérien s'est produite n'est pas pertinente pour la question de la transmission du feu bactérien par les pommes mûres face aux preuves "spécifiques, directes et volumineuses" montrant que les pommes mûres ne transmettent pas le feu bactérien.[113]

63. Les États-Unis soutiennent en outre que le contexte de l'article 5:7 clarifie la notion de "caractère suffisant" dans le cadre de l'article 5:7. Ils notent que la deuxième phrase de l'article 5:7 prescrit aux Membres imposant des mesures phytosanitaires provisoires d'"obtenir les renseignements *additionnels* nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque".[114] Selon les États-Unis, cette disposition implique que les renseignements nécessaires pour procéder à une évaluation objective du risque font défaut au moment où la mesure provisoire est adoptée. Les

[112] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 24. (italique dans l'original)

[113] *Ibid.*, paragraphe 29.

[114] *Ibid.*, paragraphe 30, citant l'article 5:7 de l'*Accord SPS*. (italique ajouté par les États-Unis)

États-Unis jugent cette implication "logique" parce que, s'il existait des renseignements suffisants pour procéder à une évaluation objective du risque, une mesure provisoire ne serait pas nécessaire.[115] En tant que tel, de l'avis des États-Unis, le "caractère suffisant" des preuves pertinent pour l'article 5:7 devrait être défini par rapport au caractère suffisant des preuves nécessaires pour procéder à une évaluation objective du risque.

64. En ce qui concerne la notion d'"incertitude non réglée", les États-Unis allèguent que les exemples d'"incertitude non réglée" cités par le Japon "ne constituent même pas des preuves scientifiques pertinentes".[116] Les déclarations des experts appelant à la prudence étaient, selon les États-Unis, fondées sur des appréciations politiques plutôt que des considérations scientifiques, comme les experts eux-mêmes l'ont reconnu. De l'avis des États-Unis, ces déclarations ne peuvent pas être considérées comme des preuves *scientifiques* selon le sens que le Groupe spécial a donné à ce terme.[117] Les États-Unis font aussi valoir que l'étude non publiée citée par le Japon ne peut pas constituer une incertitude qui amène à conclure que les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes, parce que les experts n'étaient pas d'accord avec le Japon en ce qui concerne l'incertitude identifiée par l'étude. Aussi, selon les États-Unis, les prétendues incertitudes indiquées par le Japon ne peuvent pas l'emporter sur les nombreuses études sur le feu bactérien sur lesquelles le Groupe spécial s'est appuyé pour déterminer que les preuves scientifiques pertinentes n'étaient pas insuffisantes.

65. Les États-Unis contestent la tentative du Japon visant à identifier une "incertitude nouvelle" qui justifierait la mesure au titre de l'article 5:7. Ils allèguent que les incertitudes liées à l'éventuel retrait de la mesure appliquée par le Japon ne rendent pas les preuves scientifiques pertinentes "insuffisantes" au sens de l'article 5:7. Ces incertitudes constituent, de l'avis des États-Unis, des "spéculations hypothétiques" qui ne satisfont pas aux prescriptions de l'article 5:7, tout comme des spéculations ne peuvent pas satisfaire aux prescriptions de l'article 5:1.[118] Les États-Unis soutiennent que si l'interprétation du Japon était acceptée, "l'exception prévue à l'article 5:7 absorberait l'ensemble de l'Accord SPS".[119]

---

[115] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 31.

[116] *Ibid.*, paragraphe 34.

[117] Le Groupe spécial a dit que les preuves scientifiques sont "les preuves recueillies suivant des méthodes scientifiques" et qu'elles "exclu[ent] par essence non seulement les renseignements insuffisamment étayés, mais aussi des éléments tels que des hypothèses non démontrées". (*ibid.*, paragraphe 38, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.92 et 8.93)

[118] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 42, citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 186.

[119] *Ibid.*, paragraphe 42.

66. Les États-Unis font valoir que, en tout état de cause, le Japon ne satisfait pas aux trois autres prescriptions de l'article 5:7 énoncées par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*.[120] Ils allèguent que la mesure du Japon ne peut pas être fondée sur des "renseignements pertinents disponibles", comme il est indiqué à l'article 5:7, parce que le Japon n'a pas donné de tels renseignements, et que ces renseignements n'existent pas étant donné les preuves établissant que la filière ne peut pas être suivie jusqu'au bout dans le cas des pommes mûres. En outre, les États-Unis font valoir que le Japon ne s'est pas efforcé d'obtenir des renseignements additionnels pour procéder à une évaluation plus objective du risque, puisqu'il a "ignoré" les preuves relatives à l'absence de sensibilité des pommes mûres à l'infection du feu bactérien et à la présence bactérienne.[121] Selon les États-Unis, le Japon n'a pas non plus examiné la mesure dans un délai raisonnable, puisqu'il "n'a pas examiné, et encore moins cherché à obtenir, des renseignements" concernant les éléments fondamentaux de la filière de transmission du feu bactérien.[122] Aussi, de l'avis des États-Unis, le Japon ne satisfait à aucune des prescriptions énoncées à l'article 5:7.

67. En conséquence, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon a agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 5:7 de l'*Accord SPS*.

3. Article 5:1 de l'*Accord SPS*

68. Les États-Unis souscrivent à l'interprétation de l'article 5:1 de l'*Accord SPS* donnée par le Groupe spécial et à l'analyse qu'il a faite au titre de cet article et demande donc à l'Organe d'appel de rejeter l'appel du Japon concernant cette question.

69. Les États-Unis font valoir, premièrement, que le Groupe spécial a tenu compte à bon escient de la prescription concernant la "spécificité" pour évaluer l'évaluation des risques effectuée par le Japon (l'ARP de 1999). Ils font observer que le Japon reconnaît que l'ARP de 1999 "n'était pas spécifiquement ciblée sur un produit particulier" (en particulier, les pommes).[123] Ils contestent néanmoins l'allégation du Japon selon laquelle l'absence d'une approche ciblée sur un produit spécifique dans l'évaluation du risque n'était qu'une question de "méthodologie" pour évaluer le risque présenté par de multiples vecteurs, y compris les pommes. Selon les États-Unis, l'interprétation du Groupe spécial exigeait à bon droit que l'évaluation au titre de l'article 5:1 soit suffisamment spécifique au risque en question. Les États-Unis estiment que, pour qu'une mesure appliquée à un

[120] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 89.

[121] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 46.

[122] *Ibid*., paragraphe 47.

[123] *Ibid*., paragraphe 50, citant la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 128.

produit particulier soit "rationnellement" liée à une évaluation des risques, ou fondée sur une évaluation des risques, elle doit être "spécifiquement" ciblée sur un "produit".[124] Selon les États-Unis, le fait que le Japon qualifie l'absence d'une telle approche ciblée dans l'ARP de 1999 de "méthodologie" ne dispense pas l'évaluation des risques de satisfaire à la prescription concernant la spécificité. Les États-Unis affirment que l'évaluation des risques effectuée par le Japon a permis d'évaluer le risque lié à plusieurs hôtes, mais n'a pas suffisamment examiné les risques "associés spécifiquement au produit en cause: les pommes américaines exportées au Japon".[125] En conséquence, les États-Unis soutiennent que l'ARP de 1999 ne satisfaisait pas à la prescription concernant la spécific ité énoncée à l'article 5:1, comme le Groupe spécial l'a à juste titre constaté.

70. Deuxièmement, les États-Unis contestent l'argument du Japon selon lequel, comme sa "méthodologie" exigeait qu'une évaluation des risques soit liée à une proposition d'un Membre exportateur, il n'était pas tenu d'examiner dans l'ARP de 1999 d'autres mesures que celles qui étaient déjà appliquées. Les États-Unis allèguent que, comme le Groupe spécial l'a noté, "rien dans le texte de l'article 5:1 et du paragraphe 4 de l'Annexe A ne permet de penser que les autres options doivent être proposées par le Membre exportateur".[126] Au lieu de cela, les États-Unis notent que le paragraphe 4 de l'Annexe A fait référence aux "mesures SPS qui pourraient être appliquées". À leur avis, ce libellé indique clairement que c'est au Membre importateur qu'incombe l'obligation d'envisager d'autres mesures que celles qu'il applique actuellement. À cet égard, les États-Unis attirent l'attention sur les observations de M. Chris Hale et de M. Ian Smith, selon lesquelles l'ARP de 1999 "semblait préjuger du résultat de l'évaluation des risques" et que l'ARP de 1999 semblait s'attacher principalement à démontrer que "chacune des mesures déjà mises en place était efficace à certains égards" pour arriver à la conclusion que toutes étaient nécessaires.[127]

71. Enfin, les États-Unis contestent l'allégation du Japon selon laquelle il a satisfait aux prescriptions de l'article 5:1 en procédant à une "évaluation des risques informelle" concernant les pommes mûres asymptomatiques au cours de la procédure de règlement des différends et qu'il est parvenu à la conclusion que les dernières données présentées par les États-Unis et la Nouvelle-Zélande n'étaient "pas encore suffisantes" pour justifier une modification de la mesure actuelle.[128] Les États-Unis font valoir qu'une telle allégation montre bien que le Japon a l'intention de

---

[124] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 51.

[125] *Ibid*., citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.14.

[126] *Ibid*., paragraphe 54, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.18.

[127] *Ibid*., paragraphe 55, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.289, citant à son tour *ibid*., paragraphes 6.177 (M. Hale) et 6.180 (M. Smith).

[128] *Ibid*., paragraphe 56, citant la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 124 et 137.

maintenir sa mesure même dans l'éventualité d'une décision défavorable et fait, par conséquent, ressortir la nécessité pour l'Organe d'appel de formuler des constatations juridiques claires rejetant les "théories juridiques fallacieuses" du Japon.[129] À cet égard, les États-Unis estiment que, bien que le Groupe spécial ait constaté à juste titre que le Japon n'avait pas satisfait aux prescriptions de l'article 5:1, cette conclusion aurait pu être établie à partir d'une "base plus fondamentale": de l'avis des États-Unis, étant donné le "lien étroit" entre les articles 5:1 et 2:2, et en l'absence de "preuves scientifiques suffisantes" au titre de l'article 2:2, le lien entre la mesure et l'évaluation des risques ne repose pas sur la base "rationnelle" requise pour que la première soit "établie sur la base de" la deuxième.[130]

72. Les États-Unis demandent par conséquent à l'Organe d'appel de confirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure du Japon, en ce qui concerne les pommes mûres asymptomatiques, est incompatible avec les obligations du Japon au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

4. Article 11 du Mémorandum d'accord

a) Évaluation objective par le Groupe spécial au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*

73. Les États-Unis comprennent que l'argument présenté par le Japon au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, au sujet de l'établissement des faits auquel a procédé le Groupe spécial au paragraphe 8.166 de son rapport, conteste ces conclusions seulement dans la mesure où elles s'appliquent aux "pommes non mûres".[131] Les États-Unis pensent comme le Japon que le paragraphe 8.166 du rapport du Groupe spécial ne devait pas être interprété comme s'appliquant aux pommes "infectées", mais pour des raisons différentes de celles du Japon.[132] Les États-Unis estiment que le Groupe spécial n'avait pas le pouvoir de formuler une constatation quelle qu'elle soit au sujet des "pommes non mûres", parce que les allégations et les arguments qu'ils avaient présentés étaient expressément limités aux pommes "mûres asymptomatiques".[133] Néanmoins, dans la mesure où le Japon conteste les conclusions du Groupe spécial figurant aux paragraphes 8.166 et 8.168 en ce qui concerne les pommes mûres, les États-Unis soutiennent que cette allégation n'est pas fondée.

---

[129] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 59.

[130] *Ibid.*, paragraphe 60.

[131] *Ibid.*, paragraphe 8.

[132] *Ibid.*, paragraphe 14.

[133] *Ibid.*, paragraphe 5. Voir aussi, *infra*, les paragraphes 82 et suivants.

74. Les États-Unis soulignent que les allégations présentées au titre de l'article 11 doivent montrer que le Groupe spécial a "ignor[é] de propos délibéré" des éléments de preuve ou a "refus[é] d'examiner", "fauss[é] ou déform[é] intentionnellement" des éléments de preuve.[134] De l'avis des États-Unis, le Japon n'a pas satisfait à ce "critère élevé".[135]

75. Premièrement, les États-Unis font valoir que le Groupe spécial avait une base de preuves suffisantes pour procéder à l'établissement des faits exposé au paragraphe 8.166 de son rapport en ce qui concerne les pommes mûres asymptomatiques. Selon les États-Unis, le Groupe spécial a cité des études qui n'avaient trouvé aucun vecteur pour les "pommes jetées dont le calice était infecté", outre les déclarations d'experts indiquant que les autres moyens pour aller jusqu'au bout de la filière n'étaient pas étayés par les preuves scientifiques disponibles.[136] À cet égard, les États-Unis estiment que l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a commis une erreur factuelle en faisant référence à la présence d'un exsudat comme cela était indiqué dans ces études n'est "pas pertinente" pour la constatation du Groupe spécial concernant les pommes mûres asymptomatiques, parce qu'un exsudat ne peut se produire que dans des pommes "non mûres infectées".[137]

76. Deuxièmement, les États-Unis font valoir que les arguments du Japon concernant le "principe de précaution" ont déjà été rejetés par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*. Selon eux, ni le texte de l'*Accord SPS* ni le "principe de précaution" n'obligent un groupe spécial à constater qu'une filière de transmission d'une maladie existe lorsque aucune des preuves scientifiques versées au dossier n'étaye cette conclusion. Les États-Unis allèguent que ce point de vue est soutenu par l'analyse du "principe de précaution" auquel a procédé l'Organe d'appel dans l'affaire *CE - Hormones*. En outre, les États-Unis font observer que le Japon se réfère aux déclarations des experts appelant à la prudence mais reconnaît que "ces recommandations n'indiquent pas de filière concrète de dissémination de la maladie".[138] Par conséquent, les États-Unis concluent que le Groupe spécial a refusé à juste titre de considérer, sur la base de déclarations généralisées appelant à la "prudence", que la filière pouvait être suivie jusqu'au bout alors qu'aucune preuve n'attestait ce fait.

77. Enfin, les États-Unis contestent l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a considéré que le risque d'aboutissement de la filière était plus que théorique. Les États-Unis font observer que le Groupe spécial a employé l'adjectif "improbable" pour résumer les avis des experts

---

[134] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 10, citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 133.

[135] *Ibid.*, paragraphe 10.

[136] *Ibid.*

[137] *Ibid.*, note de bas de page 9 relative au paragraphe 10.

[138] *Ibid.*, paragraphe 12, citant la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 67.

sur la probabilité d'aboutissement de la filière, mais ils allèguent que, ce faisant, le Groupe spécial a rendu la réalité, à savoir que la science ne peut jamais affirmer avec certitude qu'un événement ne se produira jamais. De l'avis des États-Unis, cette approche appropriée de l'analyse des risques suivie par le Groupe spécial ne devrait pas être interprétée comme donnant à penser qu'il y a plus qu'un risque théorique de transmission du feu bactérien par les pommes.

78. Les États-Unis demandent en conséquence à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial s'est acquitté correctement de ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il a constaté que la dernière étape de la filière de transmission du feu bactérien à partir des pommes mûres asymptomatiques ne serait pas franchie.

b) Évaluation objective par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*

79. Les États-Unis allèguent que les contestations du Japon concernant l'établissement des faits auquel le Groupe spécial a procédé au cours de son analyse au titre de l'article 5:1 ne sont pas soumises à bon droit à l'Organe d'appel. Ils font valoir que, dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, l'Organe d'appel a constaté qu'un appelant soulevant une allégation au titre de l'article 11 doit faire figurer cette allégation dans sa déclaration d'appel.[139] De l'avis des États-Unis, le Japon n'ayant pas mentionné, dans sa déclaration d'appel, l'allégation qu'il présente au titre de l'article 11 au sujet des constatations du Groupe spécial au titre de l'article 5:1, il n'a pas fait appel de cette question conformément à la règle 20 2) d) des *Procédures de travail*. En conséquence, les États-Unis soutiennent que l'Organe d'appel devrait refuser d'examiner cet aspect de l'appel du Japon.

80. Les États-Unis font valoir que, si l'Organe d'appel devait procéder à l'examen de l'allégation du Japon au titre de l'article 11 concernant l'analyse effectuée par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1, il devrait constater que le Japon n'a pas établi l'existence du type d'"erreurs fondamentales" nécessaire pour constater que le Groupe spécial n'a pas satisfait aux prescriptions de l'article 11.[140] En outre, selon les États-Unis, le Japon n'a pas contesté d'autres "faiblesses" mises en évidence dans l'évaluation des risques du Japon par les experts et acceptées par le Groupe spécial.[141]

---

[139] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, note de bas de page 88 relative au paragraphe 53.

[140] *Ibid.*, paragraphe 53, citant le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 141.

[141] *Ibid.*, paragraphe 53, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.279.

81. Les États-Unis demandent donc à l'Organe d'appel de rejeter l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a manqué à ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord lorsqu'il a évalué l'allégation des États-Unis au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*. À titre subsidiaire, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial s'est acquitté correctement de ces obligations lorsqu'il a constaté que l'évaluation des risques effectuée par le Japon n'examinait pas de manière adéquate la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien par le biais des pommes.

C. *Allégation d'erreur des États-Unis - Appelant*

Allégation concernant le "pouvoir" du Groupe spécial

82. Les États-Unis font valoir que, puisqu'ils ont présenté des allégations concernant uniquement les pommes "mûres asymptomatiques", le Groupe spécial a fait erreur en analysant la mesure dans le cas de produits autres que ceux qui étaient identifiés. En particulier, selon les États-Unis, le Groupe spécial a outrepassé son pouvoir en formulant des constatations concernant les pommes *non mûres* et les procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis. Les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'"infirmer les constatations juridiques du Groupe spécial et de déclarer que les assertions du Groupe spécial découlant de ces constatations sont sans effet juridique".[142]

83. Les États-Unis affirment que la question dont le Groupe spécial était saisi était "de savoir si les restrictions appliquées par le Japon aux pommes mûres asymptomatiques étaient compatibles avec l'Accord SPS, et non pas de savoir si le Japon pouvait maintenir des restrictions sur un autre produit quel qu'il soit".[143] Les États-Unis soutiennent qu'ils ont suivi cette approche parce qu'ils cherchaient à exporter uniquement des pommes mûres asymptomatiques vers le Japon et qu'ils avaient des lois et appliquaient de "nombreuses mesures" pour limiter les exportations de pommes aux pommes présentant ces caractéristiques.[144]

84. Les États-Unis notent que, alors que leurs allégations étaient limitées aux pommes mûres, le Groupe spécial a conclu que la mesure en cause devait être évaluée eu égard à son applicabilité à *toutes* les pommes, y compris les pommes non mûres. À la suite de quoi, selon les États-Unis, le Groupe spécial a aussi jugé approprié d'examiner les questions relatives aux "procédures de contrôle" et aux prescriptions à l'exportation des pommes, parce que ces mesures touchaient à la question de

[142] Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 3.

[143] *Ibid.*, paragraphe 6.

[144] *Ibid.*, paragraphe 7.

savoir si les pommes exportées au Japon pouvaient comprendre des pommes non mûres infectées.[145] Les États-Unis jugent erronées les raisons fournies par le Groupe spécial pour justifier son examen de toutes les pommes et des procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis.

85. Premièrement, les États-Unis contestent le fait que le Groupe spécial considère que la référence aux "pommes" figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial des États-Unis l'autorise à formuler des constatations concernant des pommes autres que les pommes "mûres asymptomatiques". En particulier, les États-Unis contestent le raisonnement du Groupe spécial selon lequel une demande d'établissement d'un groupe spécial "ne limite pas exclusivement [la] compétence [du groupe spécial]; elle la définit aussi de manière positive".[146] Les États-Unis font valoir que, suivant cette logique, les groupes spéciaux pourraient procéder à des analyses et formuler des constatations sur *n'importe quelles* allégations figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, y compris celles qui ne sont pas maintenues par la partie plaignante. Toutefois, de l'avis des États-Unis, les groupes spéciaux chargés du règlement des différends n'ont pas pour fonction de procéder à un examen *de novo* ni de formuler des constatations sur des allégations non maintenues, et ils n'ont pas non plus pour fonction de "théoriser" sur les arguments et les éléments de preuve qu'une partie plaignante *pourrait* avoir présentés.[147] De plus, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a ignoré les limites du pouvoir d'investigation reconnues par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, lorsque l'Organe d'appel a expliqué que "ce pouvoir ne [pouvait] pas être utilisé par un groupe spécial pour trancher en faveur d'une partie plaignante qui n'[avait] pas fourni un commencement de preuve d'incompatibilité *sur la base d'allégations juridiques spécifiques qu'elle [avait] formulées*".[148] Les États-Unis affirment qu'ils n'ont pas établi l'existence d'éléments *prima facie* au sujet des pommes non mûres et que le Japon n'a pas fourni d'élément de preuve montrant que les procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis ne permettraient pas d'assurer que seules des pommes "mûres asymptomatiques" étaient exportées. En conséquence, de l'avis des États-Unis, le Groupe spécial ne disposait d'aucune base pour formuler des constatations qui n'étaient *pas* liées aux pommes mûres asymptomatiques.

86. Les États-Unis font aussi observer que la décision du Groupe spécial de formuler une constatation fondée seulement sur le libellé de l'allégation figurant dans la demande d'établissement d'un groupe spécial des États-Unis est incompatible avec la pratique des groupes spéciaux dans le

---

[145] Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 8.

[146] *Ibid.*, paragraphe 10, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.32.

[147] *Ibid.*, paragraphe 10.

[148] *Ibid.*, paragraphe 11, citant le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 129. (italique ajouté par les États-Unis)

cadre de l'actuel mécanisme de règlement des différends. Les États-Unis font valoir que, comme les groupes spéciaux n'ont pas formulé de constatations sur les allégations abandonnées, les parties ont pu raisonnablement partir de l'hypothèse que les allégations pouvaient être abandonnées s'il n'y avait pas d'argumentation. Selon les États-Unis, le raisonnement du Groupe spécial en l'espèce "risque de porter préjudice à l'une des parties ou aux deux" parce qu'il "va à l'encontre de cette hypothèse".[149]

87. Deuxièmement, les États-Unis contestent l'allégation du Groupe spécial selon laquelle il avait le pouvoir de formuler des constatations liées aux pommes non mûres compte tenu i) des éléments de preuve présentés par les États-Unis sur leurs procédures de contrôle à l'exportation et ii) de l'argument du Japon selon lequel la mesure en cause viserait aussi l'entrée des pommes non mûres ou infectées à cause du risque de défaillance de ces procédures. Les États-Unis soutiennent toutefois qu'ils n'avaient présenté aucune *allégation* concernant les pommes non mûres et que, par conséquent, le Groupe spécial ne disposait d'aucune base pour examiner la mesure en relation avec les pommes non mûres. En outre, de l'avis des États-Unis, les préoccupations du Japon concernant le risque de défaillance des procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis ne pouvaient justifier la constatation établie par le Groupe spécial au sujet des pommes non mûres parce que la seule question dont le Groupe spécial était saisi concernait la compatibilité de la mesure du Japon, telle qu'elle était appliquée aux pommes "mûres asymptomatiques", avec l'article 2:2.

88. Troisièmement, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial a affirmé à tort que la définition d'une "mesure sanitaire" figurant au paragraphe 1 de l'Annexe A de l'*Accord SPS* "ne limit[ait] pas le champ d'application des mesures phytosanitaires au produit que le pays exportateur prétend[ait] exporter. Pour être efficace, une mesure phytosanitaire devrait viser toutes les formes du produit pouvant effectivement être importées".[150] Selon les États-Unis, il est impossible de décider dans l'abstrait ce que peuvent être les prescriptions pour toutes les mesures phytosanitaires qu'un Membre pourrait appliquer à un produit quelconque. En tout état de cause, les États-Unis font valoir que le fait qu'une mesure phytosanitaire peut viser les risques associés à *certains* types d'un produit ne veut pas dire que la mesure est conforme aux obligations d'un Membre au titre de l'*Accord SPS* en ce qui concerne *tous* les types d'un produit.

89. Enfin, comme la mesure du Japon ne concerne pas les défaillances des procédures de contrôle à l'exportation, les États-Unis allèguent que les constatations du Groupe spécial concernant les pommes non mûres ne peuvent pas être justifiées par le fait que l'Organe d'appel a reconnu dans l'affaire *CE – Hormones* qu'une évaluation des risques à la base d'une mesure peut prendre en

[149] Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 13.

[150] *Ibid.*, paragraphe 16, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.119.

considération tous les risques scientifiques, quelle que soit leur origine, y compris les risques découlant des défaillances des procédures de contrôle à l'exportation.

90. En conséquence, comme le Groupe spécial a outrepassé son pouvoir, de l'avis des États-Unis, en se prononçant sur des questions n'entrant pas dans le champ du présent différend, les États-Unis demandent à l'Organe d'appel d'infirmer les constatations du Groupe spécial concernant des produits autres que les pommes "mûres asymptomatiques" et les procédures de contrôle à l'exportation, et de "déclarer que les assertions du Groupe spécial découlant de ces constatations sont sans effet juridique".[151]

D. *Arguments du Japon - Intimé*

Allégation concernant le "pouvoir" du Groupe spécial

91. Le Japon allègue que non seulement le Groupe spécial était autorisé à examiner la question des "pommes infectées" compte tenu du champ de son mandat qui couvre l'article 2:2 de l'*Accord SPS* et les pommes des États-Unis "en général", mais il était aussi obligé de le faire parce que la question des pommes infectées était l'un des points au sujet duquel les États-Unis devaient établir l'existence d'éléments *prima facie*.[152]

92. Premièrement, le Japon conteste l'affirmation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial n'aurait pas dû examiner la question des "pommes non mûres" fondée sur le fait qu'un groupe spécial a le pouvoir de se prononcer seulement sur les allégations spécifiques formulées par le plaignant.[153] Il allègue que cette affirmation erronée fait intervenir deux principes juridiques qu'il conviendrait de ne pas confondre. Le premier principe, selon le Japon, concerne le "champ du différend".[154] Le Japon estime que le champ du différend est déterminé par le mandat indiqué dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, de sorte qu'un groupe spécial ne devrait pas se prononcer sur des questions qui ne sont pas inscrites dans son mandat. Le deuxième principe, de l'avis du Japon, impose à la partie plaignante la charge d'établir l'existence d'éléments *prima facie* dans les limites du champ du différend.

93. En ce qui concerne le "champ du différend" dans la présente affaire, le Japon fait observer que l'article 2:2 de l'*Accord SPS* figure dans le mandat du Groupe spécial et que la demande

[151] Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 3.

[152] Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 2.

[153] *Ibid.*, paragraphe 3.

[154] *Ibid.*, paragraphe 4.

d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis fait référence aux "pommes des États-Unis" en général, et non pas spécifiquement aux pommes "mûres asymptomatiques". Le Japon estime que l'examen des pommes infectées auquel a procédé le Groupe spécial au titre de l'article 2:2 entre bien dans le champ du différend tel qu'il est défini par la demande d'établissement d'un groupe spécial et le mandat. Selon le Japon, l'examen des pommes infectées était nécessaire pour que le Groupe spécial parvienne à "régler [la question] de manière satisfaisante" ainsi qu'il est requis à l'article 3:4 du Mémorandum d'accord; le fait que les États-Unis n'ont pas spécifiquement mentionné les "pommes infectées" ne prive pas le Groupe spécial de son droit d'examiner cette question.

94. S'agissant du deuxième "principe", le Japon affirme que le pouvoir d'établir les faits qu'a un Groupe spécial ne devrait pas être confondu avec la prescription imposant d'établir l'existence d'éléments *prima facie*. De l'avis du Japon, établir l'existence d'éléments *prima facie* est une "prescription en matière de preuve" imposée à la partie plaignante, qui empêche un groupe spécial d'établir des faits en faveur de cette partie plaignante lorsque celle-ci n'a pas affirmé l'existence de ces faits.[155] Néanmoins, le Japon fait valoir qu'un groupe spécial peut établir des faits qui n'ont n'a pas été "affirmés" par la partie plaignante si ces faits sont "affirmés" par le défendeur.[156] Le Japon allègue que l'affirmation d'une allégation factuelle particulière, même si elle est prouvée, peut ne pas être suffisante pour établir l'existence d'éléments *prima facie* au titre des dispositions pertinentes. Plus précisément, il allègue que "pour établir *prima facie* l'insuffisance des preuves scientifiques au sens de l'article 2:2 de l'Accord SPS, la partie plaignante doit établir qu'il n'y a pas de preuves scientifiques suffisantes à l'égard de *chacun* des risques perçus qui sont à l'origine de la mesure, ou que la mesure n'est pas d'une autre façon étayée par des preuves scientifiques suffisantes".[157] Ainsi, dans la présente affaire, le Japon fait valoir que la question des "pommes infectées" étant liée au risque traité par la mesure phytosanitaire du Japon, les États-Unis auraient dû établir l'existence d'éléments *prima facie* concernant les pommes infectées *en plus* des pommes mûres asymptomatiques.

95. Le Japon fait en outre valoir que, bien que le Groupe spécial ait agi à bon droit en examinant la question des pommes infectées, il a fait erreur en déplaçant vers le Japon la charge de la preuve concernant l'établissement du risque d'aboutissement de la filière par l'intermédiaire des pommes infectées. De l'avis du Japon, c'était aux États-Unis qu'incombaient la charge d'établir qu'ils n'expédieraient que des pommes "mûres asymptomatiques".[158] Le Japon soutient que, comme les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombait, la seule manière pour eux d'établir

[155] Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 8.

[156] *Ibid.*

[157] *Ibid.*, paragraphe 9. (italique dans l'original)

[158] *Ibid.*, paragraphe 12.

l'existence d'éléments *prima facie* serait de prouver l'insuffisance des preuves scientifiques étayant le point de vue selon lequel la filière pouvait être suivie jusqu'au bout dans le cas de pommes *infectées*. Selon le Japon, cela n'a pas été démontré par les États-Unis, et, par conséquent, la charge de la preuve n'aurait pas dû être déplacée.

96. Le Japon conteste l'allégation des États-Unis selon laquelle il n'a pas communiqué d'éléments de preuve sur le caractère inapproprié des "procédures de contrôle [à l'exportation] des États-Unis".[159] Le Japon estime que c'était aux États-Unis, et non au Japon, qu'incombait l'obligation de prouver l'efficacité des procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis pour les pommes. De plus, le Japon fait observer qu'il a communiqué des éléments de preuve sur les défaillances des procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis dans un cas précis, dans lequel des pommes contenant des larves de carpocapse étaient expédiées vers le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu. Le Japon estime que ce cas est la "preuve incontestable que les procédures de contrôle [à l'exportation] des États-Unis ont tendance à avoir des défaillances et qu'elles ont failli".[160] Cet élément de preuve n'a pas été contesté par les experts, ni réfuté par les États-Unis, qui ont pourtant eu "amplement l'occasion" de le faire.[161] Nonobstant ces points, le Japon fait valoir que l'allégation des États-Unis concernant l'adéquation de leurs procédures de contrôle à l'exportation soulève une question de fait déjà tranchée par le Groupe spécial et que cette allégation devrait donc être rejetée par l'Organe d'appel.

97. Le Japon demande par conséquent à l'Organe d'appel de rejeter l'appel des États-Unis concernant les constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

E. *Arguments des participants tiers*

1. Australie

98. L'Australie pense comme le Japon que le Groupe spécial a mal interprété et mal appliqué l'article 2:2 de l'*Accord SPS* et, ce faisant, a fait erreur en droit en constatant que le Japon avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de cet article. S'agissant de l'interprétation de l'article 2:2, l'Australie considère que le Groupe spécial a fait erreur en instaurant au titre de cette disposition une prescription voulant qu'une mesure phytosanitaire soit "justifiée" par les preuves scientifiques pertinentes et ne soit pas "disproportionnée" au risque identifié. De l'avis de l'Australie,

---

[159] Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 14, citant la communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 4.

[160] *Ibid.*, paragraphe 17.

[161] *Ibid.*, paragraphes 21 et 22.

cette prescription n'est pas étayée par le texte de l'article 2:2 et donne à penser que le Groupe spécial a incorporé à mauvais escient dans cette disposition les obligations de fond énoncées séparément dans l'article 5:1, 5:3 et 5:6. Ce faisant, selon l'Australie, le Groupe spécial a compromis l'équilibre négocié des droits et des obligations dans l'*Accord SPS*.

99. L'Australie estime que "l'article 2:2 a pour objet de faire en sorte que l'ensemble des preuves scientifiques disponibles liées au risque traité par la mesure soit approprié pour procéder à l'évaluation des risques requise au titre de l'article 5:1, mais ne comprend pas de prescription imposant que la mesure effectivement appliquée par le Membre soit justifiée par le risque scientifiquement identifié".[162] Selon l'Australie, interpréter l'article 2:2 comme exigeant qu'une mesure phytosanitaire soit "justifiée" par des preuves scientifiques suffisantes, comme le Groupe spécial l'a fait, transforme de manière inadmissible le membre de phrase "pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes" figurant à l'article 2:2 en "pas étayée par des preuves scientifiques suffisantes".[163] L'Australie fait valoir qu'en fait la question de savoir si une mesure phytosanitaire est "justifiée" par des preuves scientifiques devrait être évaluée au titre des articles 3 et 5 de l'*Accord SPS*.

100. S'agissant de l'application de l'article 2:2, en admettant que l'interprétation du Groupe spécial soit correcte, l'Australie pense comme le Japon que le Groupe spécial a émis implicitement l'avis que le Japon devrait assumer la charge de la preuve pour ce qui était d'établir que la dernière étape de la filière passant par les fruits infectés serait franchie. Citant les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine* et *Japon – Produits agricoles II*, l'Australie estime que la partie plaignante a la charge d'établir *prima facie* qu'il y a incompatibilité avec l'article 2:2. Alors que les États-Unis auraient pu s'acquitter de cette charge en établissant une présomption qu'il n'existait pas de preuves scientifiques suffisantes, selon l'Australie, le Groupe spécial n'a procédé à aucune évaluation de la question de savoir si les États-Unis avaient établi la présomption nécessaire en ce qui concerne le risque provenant des pommes *infectées*. L'Australie note que les États-Unis n'ont pas fait de déclaration ni présenté de preuves sur les pommes *infectées*. En conséquence, l'Australie fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en droit en formulant des constatations sur des allégations concernant des pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques en l'absence d'arguments juridiques ou de preuves présentés par les États-Unis à l'appui de ces allégations. De l'avis de l'Australie, "l'effet juridique d'une infirmation des constatations formulées par le Groupe spécial au sujet des pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques doit aboutir à la conclusion que les

[162] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 28.

[163] *Ibid.*, paragraphe 30.

États-Unis n'ont pas établi l'existence d'éléments *prima facie* en rapport avec l'allégation juridique spécifique concernant la compatibilité des mesures du Japon au titre de l'article 2:2".[164]

101. L'Australie pense aussi comme le Japon que le Groupe spécial a commis des erreurs de droit et d'interprétation en ce qui concerne l'article 5:7 de l'*Accord SPS*, mais "ne partage pas les vues du Japon sur l'interprétation de l'article 5:7".[165] Rappelant les constatations formulées par l'Organe d'appel dans les affaires *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, *CE – Hormones* et *CE – Sardines*, l'Australie fait valoir qu'un Membre plaignant assume la charge de la preuve pour ce qui est d'établir l'incompatibilité d'une mesure avec toute disposition qui est une "partie fondamentale des droits et obligations des Membres de l'OMC".[166] De l'avis de l'Australie, ces affaires montrent aussi clairement que l'on ne peut s'acquitter de la charge de la preuve simplement en qualifiant la disposition pertinente d'"exception", parce que certaines exceptions peuvent quand même constituer une "partie fondamentale des droits et obligations des Membres de l'OMC". De l'avis de l'Australie, l'article 5:7 de l'*Accord SPS* est une exception de ce type parce que cette disposition établit le droit d'un Membre importateur d'imposer des mesures phytosanitaires provisoires, sous certaines conditions établies par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*.[167] En conséquence, selon l'Australie, l'article 5:7 n'entretient pas une relation "règle générale-exception" avec l'article 2:2 qui pourrait justifier le renversement de la charge de la preuve incombant normalement au Membre plaignant.[168]

102. L'Australie estime en outre que le Groupe spécial a fait plusieurs erreurs dans son interprétation juridique de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*. Premièrement, elle pense comme le Japon que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation de la définition d'une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*. Elle estime que le Groupe spécial a mal interprété la prescription relative à la "spécificité" comme s'appliquant au "produit en cause" dans le cadre de l'évaluation des risques[169], instaurant à tort un "nouveau critère"[170] de "spécificité" qui n'est pas justifié par le texte de l'*Accord SPS*. De l'avis de l'Australie, les constatations formulées par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*, appliquées ultérieurement par le Groupe spécial chargé d'examiner l'affaire *Australie – Saumons*, évoquaient la "spécificité" dans un contexte où il s'agissait

---

[164] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 47.

[165] *Ibid.*, paragraphe 48.

[166] *Ibid.*, paragraphe 55, citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 19, DSR 1997:I, 323, page 337.

[167] *Ibid.*, paragraphe 66, faisant référence au rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 89.

[168] *Ibid.*, paragraphes 65 et 68, citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 104, et le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 275.

[169] *Ibid.*, paragraphe 78.

[170] *Ibid.*, paragraphe 76.

de prescrire qu'une évaluation des risques soit liée au "risque en cause", et non au "produit en cause".[171] Par conséquent, l'Australie pense comme le Japon que le fait que l'ARP de 1999 a évalué la probabilité de transmission par plusieurs vecteurs ne constitue pas une base suffisante *à elle seule* pour déterminer que le Japon n'a pas évalué correctement la probabilité de transmission du feu bactérien par les pommes.

103. Deuxièmement, l'Australie estime que le Groupe spécial a "à tort"[172] utilisé le membre de phrase "selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances" figurant à l'article 5:1 comme contexte pour interpréter "les mesures qui pourraient être appliquées" mentionnées au paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS*. Selon l'Australie, quelle que soit la flexibilité pouvant être ménagée à un Membre importateur pour mener son évaluation des risques par le membre de phrase "selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances", cette flexibilité ne peut pas être interprétée comme "annulant ou remplaçant les prescriptions de fond pour procéder à une évaluation des risques valable".[173]

104. Troisièmement, l'Australie estime qu'il n'existe aucun fondement juridique ni textuel pour exiger d'un Membre qu'il actualise l'évaluation des risques qu'il a achevée chaque fois que de nouvelles preuves scientifiques deviennent disponibles ou que les preuves existantes sont contestées. De l'avis de l'Australie, l'obligation qui est faite à un Membre au titre de l'article 5:1 de faire en sorte que ses "mesures … soient établies sur la base d'une évaluation … des risques" est une prescription constante et objective, qui peut être évaluée par le Groupe spécial lorsqu'il mène son enquête. Toutefois, s'agissant des conditions applicables à une "évaluation des risques" au titre de l'*Accord SPS*, telles qu'elles ont été identifiées par l'Organe d'appel dans l'affaire *Australie – Saumons*, l'Australie fait valoir qu'une fois que l'évaluation des risques a rempli ces conditions, sa validité ne fait pas l'objet d'un examen permanent.[174] Ainsi, de l'avis de l'Australie, de nouvelles preuves scientifiques sont pertinentes au titre de l'article 5:1 aux fins de déterminer si un lien rationnel existe entre la mesure et l'évaluation des risques, mais non pour déterminer si une évaluation des risques particulière continue de correspondre à la définition d'une "évaluation des risques" figurant à l'Annexe A de l'*Accord SPS*. Compte tenu des erreurs commises par le Groupe spécial lorsqu'il a interprété l'article 5:1, l'Australie appuie la demande du Japon visant à ce que les constatations du Groupe spécial soient infirmées en conséquence.

---

[171] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 77.

[172] *Ibid.*, paragraphe 82.

[173] *Ibid.*, paragraphe 83.

[174] *Ibid.*, paragraphe 86.

105. L'Australie allègue en outre que, en ce qui concerne le fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une "évaluation objective de la question" dont il était saisi, ainsi qu'il est prescrit à l'article 11 du Mémorandum d'accord, les allégations du Japon "sont fondées et méritent de faire l'objet d'un examen attentif".[175] En particulier, elle souscrit à l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective dans l'analyse qu'il a menée au titre de l'article 5:1 parce qu'il n'a pas examiné tous les éléments de preuve pertinents dont il disposait. De l'avis de l'Australie, bien qu'il ait indiqué qu'il examinerait d'autres documents *en plus de* l'ARP de 1999, le Groupe spécial ne semble pas avoir été plus loin que l'ARP de 1999 lorsqu'il a examiné les éléments de preuve. L'Australie estime que la "décision du Groupe spécial de s'appuyer largement sur un élément de preuve dans son rapport et de ne pas se référer à tous les éléments de preuve pertinents dans son analyse constitue une violation de l'article 11".[176] De plus, l'Australie affirme que le Groupe spécial n'a pas satisfait aux critères applicables à une évaluation objective indiqués dans des rapports précédents de l'Organe d'appel, parce qu'il n'a pas présenté de "raisonnement adéquat" pour étayer ses constatations.[177]

2. Brésil

106. Le Brésil souscrit à l'interprétation donnée par le Groupe spécial à l'article 5:7 et à sa conclusion selon laquelle la mesure en cause ne satisfaisait pas à la première prescription de l'article 5:7, à savoir qu'il devait s'agir d'un cas "où les preuves scientifiques [étaient] insuffisantes".

3. Communautés européennes

107. Les Communautés européennes pensent comme les États-Unis que le Groupe spécial aurait dû s'abstenir de formuler des constatations concernant les "pommes non mûres, peut-être infectées"[178], au sujet desquelles les États-Unis n'avaient pas présenté d'allégation. Elles affirment toutefois que l'erreur du Groupe spécial ne devrait pas affecter simplement la *portée* des constatations du Groupe spécial, mais bien les constatations qu'il a formulées quant au fond de l'affaire. Les Communautés européennes soutiennent que, puisque les États-Unis n'avaient pas établi l'existence d'éléments *prima facie*, ce qui nécessitait de fournir des preuves concernant *toutes* les pommes, le Groupe spécial aurait dû parvenir à la conclusion que les États-Unis n'avaient pas prouvé l'incompatibilité de la mesure en cause avec l'*Accord SPS*.

---

[175] Communication de l'Australie en tant que participant tiers, paragraphe 92.

[176] *Ibid.*, paragraphe 98. (notes de bas de page omises)

[177] *Ibid.*, paragraphe 98.

[178] Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 4.

108. Les Communautés européennes font valoir que le Groupe spécial aurait dû commencer son analyse en se concentrant sur le risque que la mesure en cause visait à traiter. Au lieu de cela, de l'avis des Communautés européennes, le Groupe spécial a conclu à tort qu'il était pertinent de faire une distinction entre les risques liés aux pommes mûres et d'apparence saine et les risques liés aux autres pommes. Les Communautés européennes estiment qu'en faisant cette distinction et en analysant séparément le cas des pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques, le Groupe spécial a "plaidé la cause pour le plaignant".[179] Selon les Communautés européennes, les États-Unis avaient fait valoir que les pommes mûres asymptomatiques ne présentaient aucun risque de transmission du feu bactérien et avaient ainsi établi l'existence d'éléments *prima facie* seulement pour ce type particulier de pommes, et pour aucun autre. Les Communautés européennes soulignent que si l'hypothèse de base dans toute analyse d'une mesure phytosanitaire est que seuls les "produits ne présentant pas de risque" sont exportés, aucune mesure intérieure ne sera jamais jugée compatible avec l'*Accord SPS*.[180] Elles font valoir que si un plaignant désire fonder son allégation sur le fait qu'il exporte seulement des "produits ne présentant pas de risque", il devrait avoir la charge de présenter "des éléments de preuve convaincants montrant qu'il n'y a aucune possibilité de fraude, de négligence ni d'accident", en particulier lorsque les exportations des produits en question représentent des volumes importants.[181]

109. En conséquence, les Communautés européennes estiment que les États-Unis auraient dû établir l'existence d'éléments *prima facie* montrant que la mesure du Japon n'était pas nécessaire ou était disproportionnée, y compris en ce qui concerne l'importation de fruits *infectés*. À titre subsidiaire, les Communautés européennes soutiennent que les États-Unis auraient dû fournir des preuves établissant que *seuls* des fruits *non infectés* seraient exportés. Étant donné que les États-Unis n'ont pas formulé d'allégations ni communiqué de preuves à cet égard, et que le Groupe spécial a constaté en se fondant sur les avis des experts qu'il pouvait y avoir des erreurs de manutention ou des actions illicites, les Communautés européennes pensent comme le Japon que le Groupe spécial aurait dû conclure que les États-Unis n'avaient pas établi *prima facie* l'incompatibilité de la mesure en cause avec l'*Accord SPS*.

110. Les Communautés européennes contestent en outre la manière dont le Groupe spécial a attribué la charge de la preuve au titre de l'article 2:2. À leur avis, après avoir constaté que les preuves scientifiques n'étaient pas suffisantes pour justifier la mesure telle qu'elle était appliquée aux

[179] Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 10.

[180] *Ibid*., paragraphe 11.

[181] *Ibid*.

"pommes mûres asymptomatiques"[182], le Groupe spécial a attribué à tort au Japon la charge de la preuve s'agissant du risque d'aboutissement de la filière dans le cas des pommes *non mûres infectées*, au sujet desquelles les États-Unis n'avaient pas communiqué la moindre preuve. Étant donné que les États-Unis n'avaient pas établi l'existence d'éléments *prima facie* en ce qui concerne les pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques, selon les Communautés européennes, le Groupe spécial a fait erreur en déplaçant prématurément la charge de la preuve vers le Japon.

111. En ce qui concerne l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 5:7 de l'*Accord SPS*, les Communautés européennes font valoir que le Groupe spécial a fait erreur en traitant l'article 5:7 comme un "moyen de défense affirmatif contre une violation de l'article 2:2" et dans son interprétation du terme "insuffisantes".[183] Citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, les Communautés européennes font valoir que l'article 5:7 n'est pas, par nature, une exception malgré le membre de phrase "exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5" figurant à la fin de l'article 2:2.[184] Les Communautés européennes estiment que l'article 5:7 contient son propre ensemble d'obligations et qu'il crée un "droit autonome" de prendre des mesures provisoires.[185] Elles allèguent que la nature autonome de ce droit a été confirmée dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, dans laquelle l'Organe d'appel a expliqué en quoi une mesure pouvait être incompatible avec l'article 5:7 en lui-même et à lui seul. Par conséquent, de l'avis des Communautés européennes, il appartient à la partie *plaignante* de démontrer une incompatibilité avec l'article 5:7. Les Communautés européennes affirment donc que le Groupe spécial a fait erreur en ce qui concerne l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 5:7.

112. S'agissant de l'interprétation de l'article 5:7 donnée par le Groupe spécial, les Communautés européennes font valoir que le membre de phrase "[d]ans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes" fait référence à des événements précis et non à des phénomènes généraux. De ce fait, les Communautés européennes estiment que l'application de mesures provisoires au titre de l'article 5:7 est admissible dans des situations où il y a des preuves scientifiques insuffisantes sur une "question spécifique" qui est "essentielle" pour définir la nature ou l'ampleur d'un risque, même s'il existe des "renseignements généraux sur un sujet donné".[186] De plus, les Communautés européennes soutiennent que l'expression "preuves insuffisantes" peut désigner des

---

[182] Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 16.

[183] *Ibid.*, paragraphes 14 et 21.

[184] Voir *ibid.*, paragraphe 22, citant le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 104.

[185] Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 24.

[186] *Ibid.*, paragraphe 32.

preuves qui sont "incomplètes" ou "non convaincantes", même si ces preuves sont nombreuses.[187] À cet égard, elles font valoir que le caractère suffisant des preuves peut varier dans le temps, par exemple, lorsqu'une nouvelle recherche met en doute l'exactitude des études auparavant suffisantes. Ainsi, selon les Communautés européennes, le Groupe spécial a fait erreur en donnant une interprétation étroite de l'expression "preuves insuffisantes" de manière à examiner le caractère suffisant des preuves existantes uniquement sur une base quantitative et non qualitative.

4. Nouvelle-Zélande

113. La Nouvelle-Zélande pense comme les États-Unis que le Groupe spécial n'aurait pas dû formuler de constatations au sujet des pommes non mûres. À son avis, les allégations des États-Unis avaient trait à la compatibilité avec les règles de l'OMC de la mesure du Japon telle qu'elle était appliquée aux pommes *mûres*, et non à d'autres produits, comme les pommes non mûres. La Nouvelle-Zélande affirme que le Groupe spécial a agi d'une manière contraire à la "jurisprudence établie de l'OMC concernant la charge de la preuve" parce qu'il a fait des constatations sur des questions au sujet desquelles la partie plaignante n'avait pas établi l'existence d'éléments *prima facie*.[188] En conséquence, la Nouvelle-Zélande estime que l'Organe d'appel devrait infirmer les constatations juridiques du Groupe spécial en ce qui concerne les pommes non mûres et "déclarer que les assertions du Groupe spécial découlant de ces constatations sont sans effet juridique".[189]

114. S'agissant de l'interprétation de l'article 2:2, la Nouvelle-Zélande conteste l'allégation du Japon selon laquelle l'article 2:2 devrait être interprété de façon à "laisser un certain pouvoir discrétionnaire … à un Membre importateur pour ce qui est de déterminer la valeur des éléments de preuve qui lui sont présentés et d'instaurer une mesure particulière sur cette base".[190] La Nouvelle-Zélande fait valoir que l'article 2:2 ne donne aucune base pour établir ce "certain pouvoir discrétionnaire". Au contraire, selon la Nouvelle-Zélande, l'article 2:2 exige un lien rationnel ou objectif entre la mesure phytosanitaire et les preuves scientifiques, et la méthode d'évaluation des preuves scientifiques utilisée par un Membre importateur doit nécessairement être compatible avec cette prescription en matière de rationalité. De l'avis de la Nouvelle-Zélande, la "conclusion logique" à laquelle aboutit l'argument du Japon est que les Membres importateurs devraient être autorisés à

[187] Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 33.

[188] Communication de la Nouvelle-Zélande en tant que participant tiers, paragraphe 3.35.

[189] *Ibid.*, paragraphe 3.36.

[190] *Ibid.*, paragraphe 3.09, citant la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 76.

accorder peu de poids aux preuves scientifiques pertinentes et, partant, à imposer des mesures phytosanitaires qui n'ont pas de lien rationnel avec ces preuves.[191]

115. Quant à l'établissement par les États-Unis de l'existence d'éléments *prima facie* au titre de l'article 2:2 pour les pommes mûres, la Nouvelle-Zélande fait valoir que le Japon n'a pas établi qu'il y avait une erreur dans l'analyse du Groupe spécial. Premièrement, elle rejette en tant que base d'erreur l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a évalué à mauvais escient les preuves scientifiques en s'appuyant sur les déclarations des experts et non sur les vues du Membre importateur dans la présente affaire. Elle allègue que non seulement le Groupe spécial a nié la valeur des preuves présentées par le Japon, mais que suivant le raisonnement du Japon il serait exclu que les groupes spéciaux puissent jamais examiner des preuves scientifiques qui contredisent les vues du Membre importateur. De l'avis de la Nouvelle-Zélande, une telle subjectivité accordée à un Membre importateur est incompatible avec le lien objectif qui doit exister entre la mesure phytosanitaire et les preuves scientifiques au titre de l'article 2:2.

116. Deuxièmement, la Nouvelle-Zélande conteste l'allégation du Japon selon laquelle les États-Unis n'ont pas établi l'absence de preuves scientifiques concernant des aspects importants du risque que le Japon visait à traiter. Elle allègue que le Japon "déforme" les critères énoncés par le Groupe spécial pour que l'existence d'éléments *prima facie* soit établie par les États-Unis.[192] La Nouvelle-Zélande dit que, après avoir rejeté l'allégation du Japon selon laquelle les États-Unis étaient tenus de prouver positivement l'insuffisance des preuves scientifiques, le Groupe spécial s'est appuyé sur le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II* pour constater que l'existence d'éléments *prima facie* serait montrée si les États-Unis avaient établi une *présomption* qu'il n'existait pas de preuves scientifiques suffisantes. La Nouvelle-Zélande fait valoir qu'après avoir constaté que cette présomption avait été établie, le Groupe spécial a pesé les preuves qui lui avaient été présentées et a constaté que le Japon n'avait pas réfuté cette présomption. En conséquence, de l'avis de la Nouvelle-Zélande, le Groupe spécial a constaté à juste titre que les États-Unis avaient établi *prima facie* le bien-fondé de leur allégation en ce qui concerne les pommes mûres au titre de l'article 2:2.

117. La Nouvelle-Zélande souscrit à l'analyse du Groupe spécial relative à l'article 5:7 de l'*Accord SPS*, parce que le Groupe spécial a constaté que la "masse de preuves scientifiques" – "en général" *ou* en rapport avec des aspects particuliers du risque – montrait que la question du risque de transmission du feu bactérien par les pommes mûres n'était pas une question pour laquelle les preuves scientifiques

[191] Communication de la Nouvelle-Zélande en tant que participant tiers, paragraphe 3.10.

[192] *Ibid.*, paragraphe 3.16.

pertinentes étaient insuffisantes, ainsi qu'il est requis à l'article 5:7.[193] En conséquence, de l'avis de la Nouvelle-Zélande, le Japon a tort de donner à entendre que le Groupe spécial n'a pas examiné le caractère suffisant des preuves scientifiques par rapport aux éléments particuliers du risque en cause. De plus, s'agissant de l'argument du Japon selon lequel l'élimination de la mesure créerait une "incertitude nouvelle", la Nouvelle-Zélande fait observer que le présent différend se rapporte à la mesure en cause, et non à des mesures qui pourraient être appliquées dans des circonstances hypothétiques à un moment donné dans le futur. En tant que telle, l'incertitude éventuelle créée par l'élaboration d'une *nouvelle* mesure phytosanitaire ne peut pas être invoquée pour couvrir l'incompatibilité de la mesure *existante* avec les règles de l'OMC.

118. La Nouvelle-Zélande estime en outre que les constatations du Groupe spécial en rapport avec l'article 5:1 de l'*Accord SPS* sont correctes et devraient être confirmées. Elle souscrit au point de vue du Groupe spécial selon lequel l'évaluation des risques effectuée par le Japon ne portait pas de façon suffisamment spécifique sur la question en cause. De l'avis de la Nouvelle-Zélande, l'évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement et de la dissémination de la maladie spécifiquement par le biais des pommes mûres est plus qu'une question de procédure ou de méthodologie comme le Japon l'allègue, il s'agit d'une "prescription de fond" de l'article 5:1.[194] Selon la Nouvelle-Zélande, cette prescription n'empêche pas un Membre importateur de choisir une méthodologie pour procéder à l'évaluation des risques, pas plus qu'elle n'empêche les Membres importateurs d'examiner plusieurs hôtes possibles simultanément, pour autant qu'une conclusion quant au risque soit tirée au sujet du *produit particulier* en cause.

119. La Nouvelle-Zélande conteste aussi l'allégation du Japon selon laquelle il a procédé à une évaluation des risques appropriée "au cours de cette procédure".[195] Elle trouve "étonnant" que le Japon demande "essentiellement" à l'Organe d'appel de constater que, sur la base des éléments de preuve et des arguments qu'il a présentés dans le présent différend, le Japon a procédé à une évaluation des risques "informelle" qui satisfait aux critères requis par l'*Accord SPS*.[196] De l'avis de la Nouvelle-Zélande, la prescription de l'article 5:1 imposant d'établir les mesures sur la base d'une évaluation des risques serait "vidée de tout sens" parce que, selon le raisonnement du Japon, un Membre importateur pourrait éviter de procéder à une évaluation des risques jusqu'à ce qu'il soit mis en cause dans une procédure de règlement des différends, stade auquel une "évaluation des risques

[193] Communication de la Nouvelle-Zélande en tant que participant tiers, paragraphe 3.19.

[194] *Ibid.*, paragraphe 3.30.

[195] *Ibid.*, paragraphe 3.25, citant la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 124.

[196] *Ibid.*, paragraphe 3.27.

a posteriori" serait considérée comme satisfaisant aux dispositions de l'article 5:1.[197] En conséquence, la Nouvelle-Zélande demande à l'Organe d'appel de confirmer les constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

IV. Question préliminaire: caractère suffisant de la déclaration d'appel

120. Nous commençons notre analyse du présent appel par une question préliminaire touchant au caractère suffisant de la déclaration d'appel déposée par le Japon.[198] Dans leur communication en tant qu'intimé, les États-Unis font valoir que l'allégation formulée par le Japon au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, qui se rapporte aux constatations faites par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, ne nous est pas soumise à bon droit, et ils demandent que nous rejetions cet aspect de l'appel.[199] Selon les États-Unis, le Japon n'a pas dûment présenté cette allégation au titre de l'article 11 dans sa déclaration d'appel, comme l'exige la règle 20 2) d) des *Procédures de travail* et eu égard à la décision rendue par l'Organe d'appel dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*. De ce fait, les États-Unis affirment qu'ils n'ont pas été dûment avisés que cette question était visée par l'appel.

121. La règle 20 2) des *Procédures de travail* énonce les "renseignements" qui doivent figurer dans une déclaration d'appel:

> *Engagement de la procédure d'appel*
>
> ...
>
> Une déclaration d'appel comprendra les renseignements suivants:
>
> a) le titre du rapport du groupe spécial faisant l'objet de l'appel;
>
> b) le nom de la partie au différend déposant la déclaration d'appel;
>
> c) l'adresse aux fins de signification et les numéros de téléphone et de télécopie de la partie au différend; et
>
> d) un bref exposé de la nature de l'appel, y compris les allégations d'erreurs dans les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et les interprétations du droit données par celui-ci.

[197] Communication de la Nouvelle-Zélande en tant que participant tiers, paragraphe 3.28.

[198] WT/DS245/5, *supra*, note de bas de page 8, jointe en tant qu'annexe A au présent rapport.

[199] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 53 et note de bas de page 88 y relative.

Dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, l'Organe d'appel a reconnu:

> ... l'équilibre important qui devait être maintenu entre le droit des Membres d'exercer véritablement et efficacement le droit d'appel, et le droit des intimés d'avoir connaissance par le biais de la déclaration d'appel des constatations visées par l'appel, afin de pouvoir exercer efficacement leur droit de défense.[200]

L'Organe d'appel a observé dans cette affaire que les prescriptions énoncées dans la règle 20 2) concernant ce qui doit figurer dans une déclaration d'appel avaient "pour rôle de faire en sorte que l'intimé soit aussi avisé, même brièvement, de la "nature de l'appel" et des "allégations d'erreurs" de la part du groupe spécial".[201] Par conséquent, l'évaluation du caractère suffisant d'une déclaration d'appel doit déterminer si l'intimé a été avisé par cette déclaration des questions qui seraient débattues en appel.

122. Dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, l'Organe d'appel a examiné la contestation par un intimé du caractère suffisant de la déclaration d'appel au motif que, entre autres choses, la déclaration d'appel ne l'avait pas dûment avisé de l'allégation formulée par l'appelant au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. L'appelant avait allégué dans ses communications écrites et orales que le Groupe spécial n'avait pas procédé à une "évaluation objective de la question dont il [était] saisi", comme l'exigeait l'article 11.[202] Lorsqu'il a examiné si l'intimé avait été avisé de la contestation au titre de l'article 11, l'Organe d'appel a analysé la déclaration d'appel et a observé ce qui suit:

> Nous ne trouvons aucune référence explicite à l'article 11 du Mémorandum d'accord, ou au libellé de l'article 11, ni dans la déclaration d'appel, ni dans l'appendice de la lettre du 13 septembre 2002. De même, nous ne pouvons rien voir, dans l'une comme dans l'autre, qui donne à penser que les États-Unis alléguaient que le Groupe spécial n'avait pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, ou à une évaluation objective des faits de la cause.[203]

123. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a rejeté le point de vue de l'appelant, qui estimait que sa contestation au titre de l'article 11 était simplement un *argument* étayant l'*allégation* de plus vaste

---

[200] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 62.

[201] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 62.

[202] *Ibid*., paragraphes 27 et 73.

[203] *Ibid*., paragraphe 72.

portée présentée en appel concernant d'autres dispositions de l'OMC et qu'aucune autre précision n'était donc nécessaire dans la déclaration d'appel.[204] Ce faisant, l'Organe d'appel a reconnu que les allégations formulées en appel au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord étaient uniques par rapport aux autres allégations d'erreur juridique commise par un groupe spécial:

> Une *allégation* d'erreur de la part d'un groupe spécial, formulée au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, n'est possible que dans le contexte d'un appel. Par définition, cette *allégation* ne figurera pas dans une demande d'établissement d'un groupe spécial, et les groupes spéciaux n'y auront donc pas fait référence dans leurs rapports. En conséquence, si un appelant entend présenter des arguments au sujet de cette question en appel, il doit y faire référence dans la déclaration d'appel d'une manière qui permettra à l'intimé de le discerner et de connaître l'argumentation à laquelle il devra répondre.[205] (italique dans l'original)

Par conséquent, l'Organe d'appel a conclu que l'intimé ne pouvait pas avoir été avisé que l'appelant entendait contester la compatibilité de l'évaluation faite par le Groupe spécial avec ses obligations dans le cadre de l'article 11, et que l'appelant voulait que l'Organe d'appel se prononce sur cette question.[206]

124. De la même manière, nous examinons en l'espèce la déclaration d'appel déposée par le Japon pour évaluer si les États-Unis étaient avisés que le Japon formulerait en appel des allégations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. Le Japon allègue qu'il a présenté en appel deux contestations distinctes au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord: l'une concernait l'évaluation par le Groupe spécial de l'allégation formulée par les États-Unis au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*, et l'autre concernait l'évaluation par le Groupe spécial de l'allégation formulée par les États-Unis au titre de l'article 5:1 de ce même accord.[207] La partie pertinente de la déclaration d'appel du Japon mentionne en tant que questions visées par l'appel les erreurs juridiques alléguées ci-après:

> 1. Le Groupe spécial a fait erreur en droit en constatant que le Japon avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 2:2 de l'Accord SPS. Cette constatation découle de l'interprétation erronée donnée par le Groupe spécial de la règle de la charge de la preuve et du fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à

---

[204] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphes 73 et 74.

[205] *Ibid.*, paragraphe 74.

[206] *Ibid.*, paragraphe 75.

[207] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 47 à 70 (article 2:2) et paragraphes 130 à 132 (article 5:1).

> une évaluation objective de la question dont il était saisi, conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord.
>
> ...
>
> 3. Le Groupe spécial a fait erreur en droit en constatant que la mesure phytosanitaire appliquée par le Japon n'était pas établie sur la base d'une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 de l'Accord SPS. Cette constatation est fondée sur une interprétation erronée des prescriptions de l'article 5:1 relatives à une évaluation des risques.

125. L'intention du Japon de contester l'analyse faite par le Groupe spécial *au titre de l'article 2:2* pour cause d'incompatibilité avec les prescriptions de l'article 11 du Mémorandum d'accord est indiquée clairement et sans ambiguïté. En ce qui concerne l'analyse faite par le Groupe spécial *au titre de l'article 5:1*, toutefois, nous notons l'absence patente de toute référence à l'article 11 du Mémorandum d'accord ou au critère de l'"évaluation objective" énoncé dans cette disposition. De fait, nous ne trouvons dans la déclaration d'appel aucune référence à l'article 11 ou au critère de l'"évaluation objective" qu'il énonce, si ce n'est dans le contexte de l'article 2:2 susmentionné.

126. En alléguant que le Groupe spécial n'avait pas respecté l'article 11 du Mémorandum d'accord uniquement dans le contexte de l'article 2:2, le Japon n'a pas permis aux États-Unis de "connaître l'argumentation à laquelle [ils devaient] répondre"[208] s'agissant de l'allégation relative à l'article 5:1 de l'*Accord SPS* formulée au titre de l'article 11. L'Organe d'appel a constamment souligné que la régularité de la procédure exigeait qu'une déclaration d'appel avise un intimé des questions soulevées en appel.[209] C'est ce souci de régularité de la procédure transparaissant dans la règle 20 des *Procédures de travail* qui sous-tendait la décision rendue par l'Organe d'appel sur le caractère suffisant de la déclaration d'appel dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*.

127. Au cours de l'audience, le Japon a reconnu n'avoir pas avisé les États-Unis de l'allégation qu'il formulait au titre de l'article 11 en ce qui concernait spécifiquement l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.[210] Il a toutefois allégué que, "du fait qu'il présentait l'allégation au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, cela impliquait naturellement certaines questions factuelles et ... il pouvait supposer que les États-Unis étaient avisés" de l'allégation connexe au titre de

---

[208] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 74.

[209] Par exemple, rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*, paragraphe 195; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 62; rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 152; et rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 97.

[210] Réponse du Japon aux questions posées à l'audience.

l'article 11.[211] Nous ne sommes pas d'accord. Comme il est indiqué plus haut[212], l'Organe d'appel a déterminé dans l'affaire *États-Unis – Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE* que les allégations au titre de l'article 11 étaient distinctes de celles qui étaient présentées au titre de dispositions de fond d'autres accords visés. Il découle de cette distinction qu'on ne peut pas "supposer" qu'il y a avis d'une contestation au titre de l'article 11 simplement parce qu'il y a contestation de l'analyse faite par le Groupe spécial d'une disposition de fond d'un Accord de l'OMC. Au contraire, une allégation au titre de l'article 11 constitue une ""allégation d'erreur" distincte"[213] qui doit être incluse dans une déclaration d'appel. Nous rejetons donc l'affirmation du Japon selon laquelle une contestation au titre de l'article 11 n'est qu'un "argument juridique" sous-tendant les questions soulevées en appel.[214]

128. Dans ces circonstances, nous souscrivons à l'avis des États-Unis selon lequel ils ne pouvaient pas avoir été avisés que le Japon entendait contester au titre de l'article 11 l'évaluation faite par le Groupe spécial de l'allégation qu'ils avaient formulée au titre de l'article 5:1. En conséquence, nous constatons que la question du respect par le Groupe spécial de l'article 11 du Mémorandum d'accord, pour ce qui est de son analyse de l'allégation formulée par les États-Unis au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, ne nous est pas soumise à bon droit dans le présent appel. En conséquence, nous ne nous prononçons pas sur cette question.[215]

V. Questions soulevées dans le présent appel

129. Le Japon présente les quatre allégations suivantes, selon lesquelles le Groupe spécial:

---

[211] Réponse du Japon aux questions posées à l'audience.

[212] *Supra*, paragraphe 123, citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*, paragraphe 74.

[213] Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 182, citant la règle 20 2) d) des *Procédures de travail*. À cet égard, nous notons la distinction faite entre les *allégations* et les *arguments* lorsqu'il s'agit de déterminer si des allégations ont été dûment mentionnées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial (rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananas III*, paragraphes 141 à 143; rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 156), et nous confirmons l'observation faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *Chili – Système de fourchettes de prix* selon laquelle "la distinction entre allégations et arguments juridiques faite dans le cadre de l'article 6:2 du Mémorandum d'accord intéresse aussi la distinction entre "allégations d'erreurs" et arguments juridiques qui est envisagée dans la règle 20 des *Procédures de travail*". (Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 182)

[214] Réponse du Japon aux questions posées à l'audience. Comme il est indiqué, *supra*, au paragraphe 123, l'Organe d'appel a rejeté une affirmation semblable de l'appelant dans l'affaire *États-Unis - Mesures compensatoires sur certains produits en provenance des CE*. (Rapport de l'Organe d'appel, paragraphes 73 et 74) L'Organe d'appel a fait une observation semblable dans l'affaire *États-Unis - Sauvegardes concernant l'acier*. (Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 498)

[215] Les allégations du Japon au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, qui se rapportent à l'analyse faite par le Groupe spécial de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*, sont examinées *infra*, aux paragraphes 217 à 242.

i) a fait erreur en constatant que la mesure phytosanitaire du Japon était "maintenue sans preuves scientifiques suffisantes" et était donc incompatible avec les obligations du Japon dans le cadre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*;

ii) a fait erreur en constatant que la mesure phytosanitaire du Japon n'était pas une mesure provisoire au sens de l'article 5:7 parce qu'elle n'était pas imposée relativement à une situation où "les preuves scientifiques pertinentes [étaient] insuffisantes";

iii) a fait erreur en constatant que la mesure phytosanitaire du Japon n'était pas établie sur la base d'une évaluation des risques, telle qu'elle est définie à l'Annexe A de l'*Accord* SPS, et comme l'exige l'article 5:1 dudit accord; et

iv) ne s'est pas acquitté de son devoir au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord car il n'a pas procédé à une "évaluation objective des faits de la cause".

130. En plus des allégations présentées par le Japon en appel, les États-Unis forment un appel incident contre le rapport du Groupe spécial, en alléguant que le Groupe spécial n'avait pas le "pouvoir" de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant les pommes *non mûres* car les États-Unis avaient limité les allégations qu'ils avaient présentées au Groupe spécial aux pommes *mûres*.

VI. Allégation concernant le "pouvoir" du Groupe spécial

131. Il est bon de commencer notre analyse des questions soulevées en appel par la question du "pouvoir" du Groupe spécial soulevée par les États-Unis.[216] Au cours de son analyse de la question de savoir si la mesure du Japon était "maintenue sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*, le Groupe spécial a cherché à évaluer le risque que les pommes exportées par les États-Unis constituent une filière pour l'entrée, l'établissement et la dissémination du

[216] Nous notons que les États-Unis font valoir qu'un groupe spécial ne peut pas "présenter une analyse et des constatations" concernant une allégation qui n'a pas été maintenue par le plaignant, même si elle avait été initialement présentée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. (Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 10) En d'autres termes, les États-Unis soutiennent qu'un groupe spécial n'a pas le "pouvoir" de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant une telle allégation. (*ibid.*) En réponse aux questions posées à l'audience, les États-Unis ont indiqué qu'ils n'avaient pas spécifiquement formulé une "allégation concernant le mandat". Nous croyons comprendre d'après les communications des États-Unis qu'ils ne contestent pas en appel la "compétence" du Groupe spécial, telle qu'elle est définie par le mandat, de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant les pommes exportées par les États-Unis au Japon; en revanche, les États-Unis soutiennent que le Groupe spécial n'avait pas le "pouvoir" de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant une allégation que les États-Unis n'avaient pas maintenue, à savoir une allégation relative aux pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques.

feu bactérien au Japon. Bien que les États-Unis aient allégué qu'ils exportaient au Japon uniquement des pommes mûres asymptomatiques, le Groupe spécial n'a pas limité son examen au risque lié à ces pommes; il a aussi examiné le risque lié aux pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques. Il l'a fait parce que le Japon avait fait valoir que des pommes autres que des pommes mûres asymptomatiques pouvaient être importées à la suite d'erreurs humaines ou techniques, ou d'actions illicites, et qu'il pensait que le Japon pouvait "légitimement prendre en compte" ces risques.[217] Par conséquent, le Groupe spécial a conclu qu'il était habilité à examiner l'affirmation du Japon selon laquelle un risque d'introduction du feu bactérien au Japon "pourrait résulter d'une erreur dans le tri des pommes, ou d'une action illicite dans le pays d'exportation"[218], et il a rejeté la proposition visant à ce qu'il limite ses constatations aux pommes mûres asymptomatiques simplement parce que "les allégations, les arguments et les preuves présentés par les États-Unis sembl[aient] limités à [ces pommes]".[219]

132. Les États-Unis soutiennent en appel que le Groupe spécial n'avait pas le pouvoir de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant les "pommes non mûres" car les États-Unis n'avaient avancé aucune allégation concernant ces pommes.[220] Pour étayer leur affirmation selon laquelle un groupe spécial ne peut pas se prononcer sur une allégation qui n'a pas été présentée par le plaignant, les États-Unis s'appuient sur le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, dans lequel l'Organe d'appel a dit qu'un groupe spécial ne pouvait pas utiliser son pouvoir d'investigation "pour trancher en faveur d'une partie plaignante qui n'[avait] pas fourni un commencement de preuve d'incompatibilité *sur la base d'allégations juridiques spécifiques qu'elle [avait] formulées*".[221] Les États-Unis expliquent qu'ils exportent au Japon uniquement des pommes mûres asymptomatiques et qu'ils appliquent des lois et de nombreuses mesures pour limiter l'exportation des pommes aux pommes mûres asymptomatiques.[222] Les États-Unis observent que le Japon n'a présenté aucun élément de preuve, et que le dossier ne contient pas non plus d'éléments de preuve, témoignant de l'incapacité, ou de l'incapacité probable, des procédures des États-Unis à garantir le respect de leurs prescriptions en matière de contrôle interdisant l'exportation de pommes

[217] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.85, 8.121 et 8.174.

[218] *Ibid.*, paragraphe 7.31.

[219] *Ibid.*

[220] Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 3 et 15.

[221] *Ibid.*, paragraphe 11, citant le rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 129. (italique ajouté par les États-Unis)

[222] *Ibid.*, paragraphe 7.

autres que les pommes mûres asymptomatiques. Les États-Unis notent également que la mesure contestée dans le présent appel n'inclut aucune de ces prescriptions en matière de contrôle.[223]

133. Pour évaluer le "pouvoir" du Groupe spécial de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant toutes les pommes, y compris les pommes non mûres, nous nous penchons tout d'abord sur le mandat du Groupe spécial. Le mandat d'un groupe spécial a une fonction fondamentale étant donné qu'il "établit le domaine de compétence du groupe spécial"[224] et "définit la portée du différend".[225] En l'espèce, le mandat du Groupe spécial contient ce qui suit:

> Conformément à l'article 7:1 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends, le mandat du Groupe spécial est le suivant:
>
> "Examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par les États-Unis dans le document WT/DS245/2, la question portée devant l'ORD par les États-Unis dans ce document; faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question, ainsi qu'il est prévu dans lesdits accords."[226]

Le document WT/DS245/2 mentionné dans le mandat est la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par les États-Unis. Cette demande fait référence aux "mesures restreignant l'importation de pommes des États-Unis, pour des raisons liées au feu bactérien ou à l'organisme qui en est la cause, l'"*Erwinia amylovora*". La demande énumère ensuite les restrictions qui préoccupent les États-Unis. Nous notons, premièrement, que ces restrictions sont applicables aux pommes produites aux États-Unis qui sont destinées à être exportées au Japon; leur portée n'est pas limitée aux pommes mûres asymptomatiques. Deuxièmement, la demande des États-Unis mentionne les "pommes des États-Unis", expression qui, selon nous, est plus générale que l'expression "pommes mûres asymptomatiques". Pour ces deux raisons, nous sommes d'avis que le mandat n'obligeait pas le Groupe spécial à se borner à faire des constatations et à tirer des conclusions concernant les pommes mûres asymptomatiques.

134. Nous examinons ensuite l'argument des États-Unis selon lequel le Groupe spécial n'avait pas le pouvoir de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant les pommes non mûres, parce que les États-Unis n'avaient présenté aucune allégation concernant ces pommes. Nous ne sommes pas convaincus par cet argument. Devant le Groupe spécial, les États-Unis ont allégué que le

---

[223] Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 12.

[224] Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Noix de coco desséchée*, page 23, DSR 1997:I, 167, page 186.

[225] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 126.

[226] WT/DS245/3, *supra*, note de bas de page 3, paragraphe 2.

Japon maintenait des "mesures restreignant l'importation de pommes des États-Unis, pour des raisons liées au feu bactérien ou à l'organisme qui en était la cause, l'*Erwinia amylovora*", et qu'"[i]l apparaiss[ait] que les mesures prises par le Japon [étaient] incompatibles avec ses engagements et les obligations qui lui incomb[aient] en vertu de l'article[ ] 2:2 ... de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* ("*Accord SPS*")".[227] Pour essayer d'établir le bien-fondé de leur allégation, les États-Unis ont présenté des arguments et des allégations de fait qui concernaient uniquement les pommes mûres asymptomatiques. De son côté, le Japon a fait valoir, entre autres choses, qu'en dépit des mesures de contrôle établies par les pays exportateurs, des pommes autres que des pommes mûres asymptomatiques pouvaient être exportées au Japon à la suite d'erreurs humaines ou techniques ou d'actions illicites, et que ces pommes pouvaient constituer une filière du feu bactérien.[228] En d'autres termes, même si un pays s'efforce d'exporter uniquement des pommes mûres asymptomatiques, il y a un risque que des pommes autres que des pommes mûres asymptomatiques soient exportées au Japon, soient infectées et transmettent le feu bactérien aux plantes hôtes japonaises.

135. Le Groupe spécial a déterminé qu'il était "légitime d'examiner"[229] les arguments et les allégations de fait concernant les pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques que le Japon avait avancés en réponse à l'allégation présentée par les États-Unis au titre de l'article 2:2. Nous sommes d'accord avec le Groupe spécial. Un groupe spécial a le pouvoir de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant des arguments et des allégations de fait qui sont formulés par le défendeur et sont *pertinents* pour une allégation présentée par le plaignant. Les constatations et conclusions du Groupe spécial concernant les pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques répondaient aux arguments et aux allégations de fait qui avaient été "légitimement" présentés par le Japon. Par conséquent, lorsque le Groupe spécial a fait des constatations et tiré des conclusions concernant les pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques, il a agi à bon droit dans les limites de son pouvoir.[230]

---

[227] WT/DS245/2, supra, note de bas de page 2.

[228] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.28.

[229] *Ibid.*, paragraphe 8.121.

[230] Pour étayer l'argument selon lequel le Groupe spécial n'avait pas le pouvoir de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant les pommes non mûres, les États-Unis s'appuient sur la constatation établie par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, selon laquelle un groupe spécial ne devrait pas utiliser son pouvoir d'investigation "pour trancher en faveur d'une partie plaignante qui n'a pas fourni un commencement de preuve d'incompatibilité sur la base d'allégations juridiques spécifiques qu'elle a formulées". (Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 129) Le fait pour les États-Unis de s'appuyer sur le rapport *Japon – Produits agricoles II* est mal venu car les faits et circonstances qui ont conduit à la constatation de l'Organe d'appel ne sont pas les mêmes que ceux qui existent en l'espèce. Dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, l'Organe d'appel a constaté que le Groupe spécial avait eu tort de s'appuyer sur les preuves fournies

136. En faisant cette constatation, nous ne laissons pas entendre qu'un groupe spécial devrait se prononcer sur des allégations dont il n'est pas saisi; de même, nous ne sommes pas en désaccord avec les États-Unis sur le fait qu'une partie peut abandonner des allégations au cours de la procédure de règlement des différends. En d'autres termes, nous n'avons rien à redire au fait que les États-Unis limitent la portée de leur allégation après que le mandat a été arrêté ou à un quelconque autre stade de la procédure. Il ne fait aucun doute que c'est la prérogative d'une partie d'appliquer la stratégie juridique de son choix, quelle qu'elle soit, pour défendre sa cause. Toutefois, cette stratégie ne doit pas compromettre le droit des autres parties d'appliquer leur propre stratégie; les choix stratégiques des parties ne peuvent pas non plus emprisonner un groupe spécial dans un carcan. Un défendeur est habilité à répondre à la thèse d'un plaignant et n'est pas obligé de se borner à répondre aux faits et arguments spécifiques présentés par ce plaignant, pour autant que sa réponse soit *pertinente* pour les questions faisant l'objet du différend. De même, un groupe spécial est habilité à examiner ces faits et arguments, pour autant qu'il ne sorte pas du cadre de son mandat. En l'espèce, le Groupe spécial a examiné les arguments pertinents du Japon concernant les pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques, et rien dans le mandat n'interdisait au Groupe spécial de les examiner. Ce faisant, le Groupe spécial ne s'est pas prononcé sur une allégation dont il n'était pas saisi; il s'est au contraire prononcé sur l'allégation même que son mandat le chargeait d'examiner.

137. Les États-Unis soulignent qu'il n'y a pas d'éléments de preuve témoignant de l'incapacité, ou de l'incapacité probable, de leurs procédures à garantir le respect de leurs prescriptions en matière de contrôle interdisant l'exportation de pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques.[231] Selon les États-Unis, le Groupe spécial "a entrepris une analyse des procédures des États-Unis … sur la base d'un dossier vide d'éléments de preuve concernant ces procédures".[232] Il apparaît également que les États-Unis laissent entendre qu'en l'absence d'éléments de preuve concernant leurs procédures de contrôle à l'exportation, le Groupe spécial n'était pas habilité à conclure qu'il était légitime de prendre en compte les risques inhérents à des erreurs dans le tri des pommes ou à des actions illicites qui pourraient entraîner l'importation au Japon de pommes contaminées.[233]

138. Nous ne sommes pas convaincus par cet argument. Nous soulignons premièrement que, contrairement à ce que soutiennent les États-Unis, le Groupe spécial n'a pas "entrepris une analyse"

---

par les experts pour trancher en faveur du plaignant en l'absence de thèse établie par le plaignant lui-même. Les circonstances de la présente affaire diffèrent de celles qui existaient dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*. En effet, en l'espèce, le Groupe spécial a fait des constatations et tiré des conclusions concernant les pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques en réponse à la thèse du Japon.

[231] Communication des États-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 12.

[232] *Ibid.*

[233] *Ibid*., paragraphe 17; rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.121 et 8.161.

des procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis. L'analyse du Groupe spécial portait sur le risque de transmission du feu bactérien par les pommes. Le Groupe spécial a effectué cette analyse afin d'évaluer si la mesure du Japon était "maintenue sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*. Le Japon avait fait valoir, concernant la question du risque de transmission du feu bactérien par les pommes, qu'il devait se prémunir contre les lacunes des systèmes de contrôle des pays exportateurs qui pourraient entraîner l'introduction de pommes contaminées.[234] En avançant cet argument, le Japon faisait référence aux systèmes de contrôle à l'exportation en général et non au système de contrôle à lexportation spécifique des États-Unis. Pour étayer son argument, le Japon a fait référence à des avis rendus par les experts et à une lacune dans le système de contrôle des exportations qui s'était manifestée en novembre 2002 et concernait la présence de larves de carpocapse dans des pommes expédiées depuis l'État de Washington vers le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu.[235] Après avoir examiné l'argument du Japon, le Groupe spécial a constaté que les erreurs de manutention ou les actions illicites constituaient des risques que le Japon pouvait, en principe, légitimement prendre en compte[236] et, par conséquent, le Groupe spécial a inclus ces risques dans le champ de l'analyse.[237]

139. Deuxièmement, nous notons que, pour justifier la constatation selon laquelle les erreurs de manutention ou les actions illicites pouvaient légitimement être prises en compte, le Groupe spécial a lui aussi fait référence à des avis rendus par les experts.[238] Par conséquent, l'allégation des États-Unis selon laquelle le Groupe spécial a formulé sa constatation en l'absence d'éléments de preuve est incorrecte.

140. En outre, contrairement à ce que les États-Unis laissent entendre, nous estimons que, de toute façon, le Groupe spécial n'avait pas besoin d'éléments de preuve spécifiques témoignant de l'incapacité, ou de l'incapacité probable, des procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis pour conclure que les erreurs de manutention ou les actions illicites constituaient des risques qui pouvaient légitimement être pris en compte. La détermination du Groupe spécial ne se rapporte pas aux procédures de contrôle à l'exportation spécifiques des États-Unis et ne découle pas d'une évaluation faite par le Groupe spécial de ces procédures spécifiques. Au contraire, la conclusion du Groupe spécial s'applique *en général* aux erreurs de manutention et aux actions illicites; elle est fondée sur

---

[234] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.85 d).

[235] *Ibid*., paragraphe 4.191.

[236] *Ibid*., paragraphe 8.161.

[237] *Ibid*., paragraphe 8.121.

[238] *Ibid*., paragraphes 8.160 et 8.161, citant *ibid*. les paragraphes 6.15 et 6.71, et les paragraphes 263, 266, 303, 327, 398 et 431 de l'annexe 3 du rapport.

des avis concernant la nature de ces risques et, en particulier, sur l'avis d'un des experts selon lequel, en matière de quarantaine végétale, les inspections sont rarement efficaces à 100 pour cent.[239]

141. Enfin, nous notons que le Groupe spécial n'a pas examiné le risque d'erreur de manipulation ou d'action illicite *en général* afin d'évaluer la fiabilité des procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis ou de déterminer si des pommes autres que des pommes mûres asymptomatiques étaient effectivement exportées depuis les États-Unis au Japon. L'examen fait par le Groupe spécial du risque d'erreur de manipulation ou d'action illicite *en général* avait un objectif plus limité – à savoir apprécier la pertinence des allégations du Japon concernant les pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques.

142. À la lumière de ces considérations, nous constatons que, contrairement à ce qu'allèguent les États-Unis, le Groupe spécial avait le "pouvoir" de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant toutes les pommes en provenance des États-Unis y compris les pommes non mûres.

VII. Article 2:2 de l'*Accord SPS*

143. Nous passons maintenant à l'allégation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure était maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

144. Comme nous l'avons expliqué dans la section précédente du présent rapport, le Groupe spécial a décidé qu'il ne limiterait pas son analyse au risque de transmission du feu bactérien inhérent aux pommes mûres asymptomatiques.[240] Ainsi, il a aussi examiné le risque associé aux autres pommes (c'est-à-dire les pommes non mûres, ou les pommes mûres mais abîmées)[241] qui pourraient entrer sur le territoire japonais à la suite d'erreurs humaines ou techniques ou d'actions illicites.

145. Pendant son analyse de la question de savoir si la mesure du Japon était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*, le Groupe spécial, sur la base des renseignements portés à sa connaissance, a formulé les constatations de fait suivantes:

---

[239] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.160. Le Groupe spécial renvoie à une observation faite par M. Ian Smith, un des experts qu'il avait choisis. Nous notons qu'en réponse aux questions posées à l'audience, les États-Unis ont reconnu que la conclusion énoncée au paragraphe 8.161 du rapport du Groupe spécial, selon laquelle les erreurs de manutention ou les actions illicites constituent des risques qui peuvent être légitimement pris en compte, était une "déclaration générale" qui renvoyait à l'efficacité des procédures de contrôle à l'exportation en général et non aux procédures de contrôle à l'exportation spécifiques des États-Unis.

[240] Voir, *supra*, le paragraphe 131.

[241] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.122 et 8.174.

- L'infection[242] des pommes mûres asymptomatiques n'a pas été établie. Il est improbable que des pommes mûres soient infectées par le feu bactérien si elles ne présentent aucun symptôme.[243]

- La présence éventuelle de bactéries endophytes[244] dans les pommes mûres asymptomatiques n'est pas généralement établie. Les preuves scientifiques n'étayent pas la conclusion selon laquelle les pommes mûres asymptomatiques pourraient héberger des populations de bactéries endophytes.[245]

- La présence de bactéries épiphytes[246] sur les pommes mûres asymptomatiques est considérée comme très rare.[247]

- Il n'est pas contesté que les pommes non mûres peuvent être infectées ou infestées[248] par *Erwinia amylovora*.[249]

- Les pommes infectées peuvent héberger des populations de bactéries qui pourraient survivre pendant les différentes étapes des opérations commerciales de manutention, d'entreposage et de transport.[250]

- Les preuves scientifiques n'étayent pas la conclusion selon laquelle les caisses d'expédition infestées ou infectées pourraient servir de vecteur du feu bactérien; les

---

[242] Pour la définition du mot "infection" donnée par le Groupe spécial, voir, *supra*, la note de bas de page 16.

[243] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.139 et 8.171.

[244] Le Groupe spécial a défini le mot "endophyte" de la façon suivante: "Dans le cas d'*E. amylovora*, le terme **endophyte** signifie que la bactérie est présente à l'intérieur d'une plante ou d'un fruit à l'état non pathogène." (*Ibid*., paragraphe 2.10 (caractère gras dans l'original))

[245] *Ibid*., paragraphes 8.168 et 8.171.

[246] Le Groupe spécial a défini le mot "épiphyte" de la façon suivante: "Dans le cas d'*E. amylovora*, ... le terme **épiphyte** signifie [que la bactérie] est présente sur la plante ou le fruit à l'état non pathogène." (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.10 (caractère gras dans l'original))

[247] *Ibid*., paragraphes 8.142 et 8.171.

[248] Pour la définition des mots "infection" et "infestation" donnée par le Groupe spécial, voir, *supra*, la note de bas de page 16.

[249] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.171.

[250] *Ibid*., paragraphe 8.157.

preuves montrent plutôt qu'il est improbable qu'*Erwinia amylovora* survive sur les caisses.[251]

- Même si des pommes infectées ou infestées devaient être exportées vers le Japon et que des populations de bactéries survivent pendant les différentes étapes des opérations commerciales de manutention, d'entreposage et de transport, l'introduction du feu bactérien nécessiterait que la maladie se transmette des pommes importées à une plante hôte du fait d'une suite d'événements supplémentaires qui est jugée improbable et qui n'a pas été établie expérimentalement à ce jour.[252]

146. Sur la base de ces constatations de fait, le Groupe spécial a conclu que les preuves scientifiques indiquaient que le risque de transmission du feu bactérien par les pommes était négligeable[253] et que les preuves scientifiques n'étayaient pas l'opinion selon laquelle les pommes constituaient probablement une filière permettant l'entrée, l'établissement ou la dissémination du feu bactérien au Japon.[254]

147. Pour le Groupe spécial, une mesure est maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS* s'il n'y a pas de "lien rationnel ou objectif" entre la mesure et les preuves scientifiques pertinentes.[255] Étant donné le risque négligeable défini sur la base des preuves scientifiques et la nature des éléments composant la mesure, le Groupe spécial a conclu que la mesure du Japon était "manifestement disproportionnée" à ce risque.[256] Il a estimé que cette disproportion impliquait qu'il n'existait pas de lien rationnel ou objectif entre la mesure et les preuves scientifiques pertinentes et a donc conclu que la mesure du Japon était maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.[257]

148. Le Japon conteste la conclusion du Groupe spécial, faisant valoir que les États-Unis n'avaient pas établi *prima facie* que les pommes infectées ne constitueraient pas une filière de transmission du feu bactérien. Il soutient que, du fait que cet élément n'a pas été établi *prima facie*, le Groupe spécial n'avait pas la possibilité de constater une violation de l'article 2:2. En outre, le Japon fait valoir que le

---

[251] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.143.

[252] *Ibid.*, paragraphes 8.168 et 8.171.

[253] *Ibid.*, paragraphe 8.169.

[254] *Ibid.*, paragraphe 8.176.

[255] *Ibid.*, paragraphes 8.101 à 8.103 et 8.180, s'appuyant sur le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 73, 74, 82 et 84.

[256] *Ibid.*, paragraphe 8.198.

[257] *Ibid.*, paragraphe 8.199.

Groupe spécial a constaté à tort que les États-Unis avaient établi l'existence d'éléments *prima facie* pour ce qui est des pommes mûres asymptomatiques. Selon le Japon, cette erreur a résulté de l'approche inappropriée suivie par le Groupe spécial au sujet de l'évaluation des risques faite par le Japon, fondée sur une interprétation erronée de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.[258]

149. En ce qui concerne les pommes infectées, le Japon soutient qu'il incombait aux États-Unis d'établir *prima facie* qu'il n'y avait aucun risque que les pommes infectées constituent un vecteur permettant l'introduction du feu bactérien au Japon. Les États-Unis ne l'ont pas fait parce qu'ils ont présenté des arguments et des preuves concernant uniquement les pommes mûres asymptomatiques[259], reconnaissant explicitement pendant le réexamen intérimaire que "les États-Unis n'[avaient] pas présenté d'allégation factuelle ni de preuve" relatives au risque associé aux pommes infectées.[260] Les États-Unis n'ayant pas établi *prima facie* qu'il y avait des preuves scientifiques insuffisantes concernant le risque créé par les pommes infectées, le Groupe spécial, selon le Japon, aurait dû se prononcer en faveur du Japon et constater que les pommes infectées pouvaient constituer une filière de transmission du feu bactérien.[261] En outre, le Japon estime qu'en constatant que "le Japon n'[avait] pas présenté de preuves scientifiques suffisantes à l'appui de son allégation selon laquelle la dernière étape de la filière avait été franchie ou le serait probablement"[262], le Groupe spécial avait déplacé la charge de la preuve vers le Japon et que ce déplacement constituait une erreur de droit car il avait été fait prématurément, avant que les États-Unis n'aient démontré l'existence d'éléments *prima facie*.[263] Enfin, le Japon fait valoir que le Groupe spécial n'était pas habilité à utiliser son pouvoir d'investigation pour faire des constatations de fait sur le risque lié aux pommes infectées parce que les États-Unis avaient refusé d'établir l'existence d'éléments *prima facie* en ce qui concerne cette question.[264]

150. S'agissant des pommes mûres asymptomatiques, le Japon avance un argument distinct, à savoir que le Groupe spécial aurait dû interpréter l'article 2:2 de façon à ce que le Membre importateur dispose d'un "certain pouvoir discrétionnaire"[265] quant à la façon dont il choisit, pèse et évalue les

---

[258] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 71.

[259] *Ibid.*, paragraphe 22.

[260] *Ibid.*, paragraphe 23.

[261] *Ibid.*, paragraphe 26, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.31 et 8.154; et paragraphe 27.

[262] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.167.

[263] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 33.

[264] *Ibid.*, paragraphe 18, citant le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles* II, paragraphe 129; et paragraphe 36.

[265] *Ibid.*, paragraphe 76.

preuves scientifiques.[266] Le Japon fait valoir que le Groupe spécial a refusé ce pouvoir discrétionnaire car il a "évalué les preuves scientifiques en suivant l'opinion des experts, malgré l'opinion contraire d'un Membre importateur".[267] Le Japon soutient que sa propre approche du risque relatif aux pommes mûres asymptomatiques – approche qui tient compte des "faits historiques de la diffusion transocéanique de la bactérie" et de la croissance rapide du commerce international, et qui repose sur "le fait que les filières de transmission de la bactérie restent inconnues bien qu'à plusieurs reprises des efforts aient été faits pour les découvrir"[268] – est raisonnable ainsi que scientifique parce qu'elle repose sur la "prudence et [la] précaution".[269] Par conséquent, le Groupe spécial aurait dû s'en remettre à l'approche du Japon et évaluer si les États-Unis avaient établi lexistence d'éléments *prima facie* à la lumière de cette approche. Le Japon fait valoir que les États-Unis n'ont pas établi l'existence d'éléments *prima facie* pour ce qui est des pommes mûres asymptomatiques tenant compte de l'approche du Japon. En particulier, il estime que les États-Unis n'ont pas prouvé qu'aussi bien l'historique de la dissémination transocéanique du feu bactérien que le fait que la cause de la dissémination transocéanique est inconnue étaient dénués de pertinence.[270]

151. Nous examinerons successivement ces deux arguments du Japon: premièrement, la thèse du Japon relative aux pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques et, deuxièmement, celle qui concerne les pommes mûres asymptomatiques.

A. *Pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques*

152. Il est bien établi qu'en principe, il incombe à la partie plaignante de "fournir un commencement de preuve d'*incompatibilité avec une disposition particulière* de l'*Accord SPS*".[271] Comme l'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*:

> La charge de la preuve incombe initialement à la partie plaignante, qui doit fournir un commencement de preuve d'incompatibilité avec une disposition particulière de l'*Accord SPS* en ce qui concerne la partie défenderesse, ou plus exactement, sa (ses) mesure(s) SPS faisant l'objet de la plainte. Une fois que ce commencement de preuve a été apporté, la charge de la preuve passe à la partie

[266] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 75.

[267] *Ibid*., paragraphe 78.

[268] *Ibid*., paragraphe 73.

[269] *Ibid*., paragraphe 81, citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 124.

[270] *Ibid*., paragraphe 87.

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

> défenderesse, qui doit à son tour repousser ou réfuter l'incompatibilité alléguée.[272]

153. En l'espèce, les États-Unis demandent une constatation selon laquelle la mesure du Japon est incompatible avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS*. Par conséquent, la charge de la preuve incombe initialement aux États-Unis, qui doivent établir *prima facie* que la mesure est incompatible avec l'article 2:2. En particulier, les États-Unis doivent établir *prima facie* que la mesure est "maintenue sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2. D'après la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE - Hormones*, si l'existence de tels éléments *prima facie* est établie, il appartiendrait au Japon de repousser ou de réfuter l'allégation selon laquelle la mesure est "maintenue sans preuves scientifiques suffisantes".

154. Cela dit, la déclaration de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE - Hormones* ne donne pas à entendre que la partie plaignante doive fournir la preuve de tous les faits mentionnés à propos de la question de la détermination sur le point de savoir si une mesure est compatible avec une disposition donnée d'un accord visé. En d'autres termes, bien que la partie plaignante ait la charge de prouver sa thèse, la partie défenderesse doit prouver la thèse qu'elle cherche à établir en réponse. Dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit:

> Lorsque nous examinons cette question, nous comprenons en fait difficilement comment un système de règlement judiciaire pourrait fonctionner s'il reprenait l'idée que la simple formulation d'une allégation pourrait équivaloir à une preuve. Il n'est donc guère surprenant que divers tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de Justice, aient systématiquement accepté et appliqué la règle selon laquelle *il appartient à la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le défendeur, d'en apporter la preuve*.[273] (note de bas de page omise, pas d'italique dans l'original)

155. En l'espèce, les États-Unis ont formulé une série d'allégations de fait relatives aux pommes mûres asymptomatiques en tant que filière possible de transmission du feu bactérien et ont cherché à étayer ces allégations. Le Japon a cherché à repousser la thèse des États-Unis, faisant valoir:

- qu'il devait aussi se prémunir contre les lacunes des systèmes de contrôle des pays exportateurs qui pourraient entraîner l'introduction de pommes autres que des pommes mûres asymptomatiques[274];

---

[272] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 98.

[273] *Ibid.*, pages 15 et 16, DSR 1997:I, 323, page 335.

[274] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.85 d).

- qu'il était possible que des pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques (à savoir des pommes non mûres ou des pommes mûres mais abîmées) soient infectées par le feu bactérien; et

- que les pommes infectées pouvaient constituer une filière de transmission du feu bactérien.[275]

156. Il incombait donc au Japon d'apporter la preuve des allégations de fait qu'il avait avancées s'agissant des pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques exportées vers le Japon du fait d'erreurs de manutention ou d'actions illicites. En conséquence, nous n'acceptons pas l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial a fait erreur parce qu'il a "déplacé la charge de la preuve vers le Japon au sujet d'un point de fait que le plaignant avait explicitement refusé de prouver"[276] ou selon laquelle "le déplacement de la charge de la preuve vers le Japon a été fait prématurément, *avant* que les États-Unis n'aient démontré l'existence d'éléments *prima facie*".[277]

157. Il importe de distinguer, d'une part, le principe selon lequel le plaignant doit établir *prima facie* l'incompatibilité avec une disposition d'un accord visé[278] et, d'autre part, le principe selon lequel il incombe à la partie qui affirme un fait d'en apporter la preuve.[279] En fait, les deux principes sont distincts. En l'espèce, la charge de démontrer *prima facie* que la mesure du Japon était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes incombait aux États-Unis. Le Japon a cherché à repousser la thèse présentée par les États-Unis en avançant des arguments relatifs aux pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques exportées vers le Japon du fait d'erreurs de manutention ou d'actions illicites. Il appartenait donc au Japon d'étayer ces allégations; ce n'était pas aux États-Unis d'apporter la preuve des faits affirmés par le Japon. Par conséquent, nous n'acceptons pas l'affirmation du Japon selon laquelle "le déplacement de la charge de la preuve vers le Japon a été fait prématurément, *avant* que les États-Unis n'aient démontré l'existence d'éléments *prima facie*".[280] Il n'y a eu aucun "déplacement de la charge de la preuve" en ce qui concerne les allégations de fait relatives aux pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques, car le Japon avait simplement la charge d'apporter la preuve des faits qu'il avait affirmés. En outre, ce n'est qu'après que les États-Unis

[275] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.154.

[276] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 31.

[277] *Ibid.*, paragraphe 33. (italique dans l'original)

[278] Rapport de l'Organe d'appel *CE - Hormones*, paragraphe 98.

[279] Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Chemises et blouses de laine*, pages 15 et 16, DSR 1997:I, 323, page 335.

[280] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 33. (italique dans l'original)

avaient établi *prima facie* que la mesure du Japon était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes que le Groupe spécial a dû examiner les tentatives du Japon visant à repousser cette thèse.

158. Le Japon soutient aussi que le Groupe spécial n'avait pas le pouvoir de formuler certaines constatations de fait[281] et, à l'appui de cette affirmation, se réfère à la déclaration suivante de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*:

> L'article 13 du Mémorandum d'accord et l'article 11:2 de l'*Accord SPS* laissent entendre que les groupes spéciaux ont un large pouvoir d'investigation. Toutefois, ce pouvoir ne peut pas être utilisé par un groupe spécial pour trancher en faveur d'une partie plaignante qui n'a pas fourni un commencement de preuve d'incompatibilité sur la base d'allégations juridiques spécifiques qu'elle a formulées.[282]

Nous ne partageons pas l'opinion du Japon. Nous notons tout d'abord que nous ne sommes pas convaincus que les constatations du Groupe spécial mentionnées par le Japon à propos de cet argument se rapportent spécifiquement aux pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques, ou traitent de ces pommes, comme le Japon semble le supposer. D'autre part, la constatation de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II* n'étaye pas l'argument du Japon selon lequel il était interdit au Groupe spécial de formuler des constatations de fait à propos de pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques. Ces constatations étaient pertinentes pour l'allégation présentée par les États-Unis au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS* et répondaient aux allégations de fait pertinentes avancées par le Japon dans le contexte de sa réfutation de l'allégation des États-Unis. Le Groupe spécial a agi dans les limites de son pouvoir d'investigation parce qu'il n'a rien fait de plus qu'évaluer les allégations de fait pertinentes présentées par le Japon, à la lumière des preuves soumises par les parties et des opinions des experts.

---

[281] Le Japon se réfère aux constatations suivantes du Groupe spécial:

> Nous sommes d'avis que l'interdiction d'importer des pommes provenant de tout verger (exempt ou non du feu bactérien) si la maladie est détectée dans une zone tampon de 500 mètres autour du verger n'est pas étayée par des preuves scientifiques suffisantes; [et]
>
> Nous sommes d'avis que l'obligation d'inspecter les vergers au moins trois fois par an (aux stades de la floraison, du jeune fruit et de la récolte) pour détecter la présence du feu bactérien n'est pas étayée par des preuves scientifiques suffisantes. (notes de bas de page omises)

(Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 35, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.185 et 8.195).

[282] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 129; communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 18 et 44.

159. Le Japon estime aussi que "pour établir *prima facie* l'insuffisance de preuves scientifiques au sens de l'article 2:2 de l'Accord SPS, la partie plaignante doit établir qu'il n'y a pas de preuves scientifiques suffisantes à l'égard de *chacun* des risques perçus qui sont à l'origine de la mesure".[283] Selon le Japon, le Groupe spécial n'aurait pas dû conclure que cet élément avait été établi *prima facie* à moins que les États-Unis n'aient tout d'abord examiné *toutes* les hypothèses possibles – y compris celles dont la probabilité de réalisation est faible ou repose sur des raisonnements théoriques – et n'aient montré pour chacune d'elles que le risque de transmission du feu bactérien était négligeable. Nous ne trouvons rien qui puisse servir de base à l'approche préconisée par le Japon. Comme l'Organe d'appel l'a dit dans l'affaire *CE – Hormones*, "un commencement de preuve, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve".[284] Dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, l'Organe d'appel a dit que la nature et la portée des éléments de preuve nécessaires pour établir l'existence d'éléments *prima facie* "varier[aient] forcément d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre".[285] En l'espèce, le Groupe spécial paraît avoir conclu que pour démontrer *prima facie* que la mesure du Japon était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, il suffisait que les États-Unis traitent seulement la question de savoir si les pommes mûres asymptomatiques pouvaient constituer une filière de transmission du feu bactérien.

160. La conclusion du Groupe spécial nous semble appropriée pour les raisons suivantes. Premièrement, l'allégation présentée par les États-Unis était que la mesure du Japon était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes pour autant qu'elle s'appliquait aux pommes mûres asymptomatiques exportées des États-Unis vers le Japon. Ce qui est nécessaire pour démontrer l'existence d'éléments *prima facie* dépend forcément de la nature et de la portée de l'allégation présentée par le plaignant. Un plaignant ne devrait pas être tenu de prouver une allégation qu'il ne cherche pas à présenter. Deuxièmement, le Groupe spécial a constaté que les pommes mûres asymptomatiques constituaient le produit "normalement exporté" par les États-Unis vers le Japon.[286] Il a indiqué que le risque que des pommes autres que des pommes mûres asymptomatiques soient effectivement importées au Japon semblerait apparaître principalement par suite d'une erreur humaine ou technique ou d'actions illicites[287] et a noté que les experts décrivaient les erreurs de manutention et

[283] Communication du Japon en tant qu'intimé, paragraphe 9. (italique dans l'original)

[284] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 104.

[285] *Ibid.*, page 16, DSR 1997:I, 323, page 335.

[286] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.141. Le Groupe spécial a aussi constaté que "l'importation de pommes non mûres infectées ne [pouvait] avoir lieu que par suite d'une erreur de manutention ou d'une action illicite". (*Ibid.*, note de bas de page 275 relative au paragraphe 8.121)

[287] *Ibid.*, paragraphe 8.174.

les actions illicites comme étant des risques "faibles" ou "discutables".[288] Étant donné la description de ces risques, il était légitime, selon nous, que le Groupe spécial considère que les États-Unis pouvaient démontrer *prima facie* une incompatibilité avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS* au moyen d'un argument fondé uniquement sur les pommes mûres asymptomatiques. Troisièmement, le dossier ne contient aucun élément de preuve indiquant que des pommes autres que des pommes mûres asymptomatiques aient jamais été exportées vers le Japon en provenance des États-Unis par suite d'erreurs de manutention ou d'actions illicites.[289] Ainsi, nous ne constatons aucune erreur dans l'approche du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis pouvaient établir *prima facie* une incompatibilité avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS* en ce qui concerne les pommes exportées des États-Unis vers le Japon, bien qu'ils aient limité leurs arguments aux pommes mûres asymptomatiques.

B. *Pommes mûres asymptomatiques*

161. Nous passons maintenant aux arguments du Japon concernant les pommes mûres asymptomatiques. Comme nous l'avons indiqué plus haut, le Japon soutient que le Groupe spécial a fait erreur quand il a interprété l'article 2:2 de l'*Accord SPS* parce qu'il n'a pas accordé un "certain pouvoir discrétionnaire"[290] au Membre importateur s'agissant de la façon dont il choisit, pèse et évalue les preuves scientifiques.[291] Le Japon a estimé que, si le Groupe spécial avait accordé un tel pouvoir discrétionnaire au Japon, en sa qualité de Membre importateur, il n'aurait pas centré son attention sur les opinions des experts. Le Groupe spécial aurait plutôt évalué les preuves scientifiques à la lumière de l'approche du Japon, qui tient compte des "faits historiques de la transmission transocéanique de la bactérie" et de la croissance rapide du commerce international, et qui repose sur "le fait que les filières de … transmission de la bactérie restent inconnues bien qu'à plusieurs reprises des efforts aient été faits pour les découvrir".[292] Le Japon fait ainsi valoir que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application de l'article 2:2 de l'*Accord SPS* étant donné qu'il aurait dû évaluer si les États-Unis avaient établi l'existence d'éléments *prima facie* en ce qui concerne le caractère suffisant des preuves scientifiques, non en tenant compte des opinions des experts mais plutôt à la lumière de l'approche des

[288] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.161.

[289] En réponse aux questions posées à l'audience, le Japon a indiqué que le seul élément de preuve relatif aux procédures de contrôle à l'exportation des États-Unis qu'il ait soumis au Groupe spécial concernait un cas où des larves de carpocapse avaient été découvertes dans des pommes expédiées des États-Unis vers le Territoire douanier distinct de Taiwan, Penghu, Kinmen et Matsu. Selon nous, il n'y avait aucune raison pour que le Groupe spécial en infère que des pommes autres que des pommes mûres asymptomatiques avaient jamais été exportées des États-Unis vers le Japon.

[290] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 76.

[291] *Ibid.*, paragraphes 75 et 76.

[292] *Ibid.*, paragraphe 73.

preuves scientifiques suivie par le Japon. Selon le Japon, si le Groupe spécial avait fait une telle évaluation, il aurait nécessairement conclu que les États-Unis n'avaient pas établi *prima facie* que la mesure du Japon était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes.

162. Nous ne partageons pas l'opinion du Japon. Comme le Groupe spécial l'a fait observer à juste titre, l'Organe d'appel avait examiné, dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, le sens du terme "suffisantes", dans le contexte de l'expression "preuves scientifiques suffisantes" qui figure à l'article 2:2.[293] Le Groupe spécial a dit que le terme "suffisantes" impliquait un "lien rationnel ou objectif"[294] et a fait référence à la déclaration de l'Organe d'appel dans cette affaire selon laquelle:

> La question de savoir s'il y a un lien rationnel entre une mesure SPS et les preuves scientifiques doit être tranchée au cas par cas et dépendra des circonstances particulières de l'espèce, y compris les caractéristiques de la mesure en cause et la qualité et la quantité des preuves scientifiques.[295]

Le Groupe spécial n'a pas fait erreur en s'appuyant sur cette interprétation de l'article 2:2 et en menant son évaluation des preuves scientifiques sur cette base.

163. Selon nous, le Groupe spécial a examiné les preuves fournies par les parties et examiné les opinions des experts. Il a conclu en fait qu'il n'était pas probable que des pommes constituent une filière permettant l'entrée, l'établissement et la dissémination du feu bactérien au Japon.[296] Il a ensuite confronté l'étendue du risque et la nature des éléments composant la mesure, et a conclu que la mesure était "manifestement disproportionnée au risque identifié, compte tenu des preuves scientifiques disponibles".[297] Pour le Groupe spécial, une telle "disproportion manifeste" impliquait qu'il n'existait pas de "lien rationnel ou objectif" entre la mesure et les preuves scientifiques pertinentes, et le Groupe spécial a donc conclu que la mesure était maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.[298] Nous relevons que la "disproportion manifeste" à laquelle le Groupe spécial fait référence a trait à l'application en l'espèce de la prescription imposant un "lien rationnel ou objectif entre une mesure SPS et les preuves scientifiques".

---

[293] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.101 à 8.103 et 8.180.

[294] *Ibid.*, paragraphes 8.103 et 8.180.

[295] *Ibid.*, paragraphe 8.103, citant le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 84.

[296] *Ibid.*, paragraphe 8.176.

[297] *Ibid.*, paragraphe 8.198.

[298] *Ibid.*, paragraphe 8.199.

164. Nous soulignons, suivant ce qu'a dit l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, que la question de savoir si une approche ou une méthodologie donnée est appropriée pour évaluer si une mesure est maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes", au sens de l'article 2:2, dépend des "circonstances particulières de l'espèce" et doit être "tranchée au cas par cas".[299] Ainsi, l'approche suivie par le Groupe spécial en l'espèce – décomposer la suite des événements pour définir le risque et le comparer avec la mesure – n'épuise pas l'ensemble des méthodologies disponibles pour déterminer si une mesure est maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2. Des approches différentes de celle qu'a suivie le Groupe spécial en l'espèce pourraient aussi être appropriées pour évaluer si une mesure est maintenue sans preuves scientifiques suffisantes au sens de l'article 2:2. La question de savoir si une approche particulière est appropriée ou non dépendra des "circonstances particulières de l'espèce".[300] La méthodologie adoptée par le Groupe spécial était appropriée aux circonstances particulières de l'affaire dont il était saisi et, par conséquent, nous ne voyons aucune erreur dans le fait que le Groupe spécial s'est appuyé sur elle.

165. En ce qui concerne l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial aurait dû faire son évaluation au titre de larticle 2:2 à la lumière de l'approche du risque et des preuves scientifiques suivie par le Japon, nous rappelons que, dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a examiné la question du critère d'examen qu'un groupe spécial devrait appliquer pour l'évaluation des preuves scientifiques présentées dans le cadre d'une procédure au titre de l'*Accord SPS*. Il a déclaré que l'article 11 du Mémorandum d'accord énonçait le critère applicable, exigeant des groupes spéciaux qu'ils procèdent à une "évaluation objective des faits". Il a ajouté qu'en ce qui concerne l'établissement des faits par les groupes spéciaux et l'évaluation des preuves scientifiques, s'en remettre totalement aux constatations des autorités nationales ne garantirait pas l'évaluation objective requise par l'article 11 du Mémorandum d'accord.[301] Selon nous, l'affirmation du Japon selon laquelle le Groupe spécial était obligé de préférer l'approche du risque et des preuves scientifiques suivie par le Japon aux opinions des experts est contraire à la formulation, par l'Organe d'appel, du critère de l'"évaluation objective des faits".

166. Pour évaluer si les États-Unis ont établi l'existence d'éléments *prima facie*, le Groupe spécial était habilité à tenir compte des opinions des experts. En fait, dans l'affaire *Inde – Restrictions quantitatives*, l'Organe d'appel a indiqué qu'il pouvait être utile qu'un groupe spécial tienne compte des opinions des experts qu'il consultait afin de déterminer si l'existence d'éléments *prima facie* avait

[299] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 84.

[300] *Ibid.*

[301] *Ibid.*, *CE – Hormones*, paragraphe 117.

été établie.[302] En outre, à plusieurs occasions, y compris dans le cadre de différends nécessitant l'évaluation de preuves scientifiques, l'Organe d'appel a déclaré que les groupes spéciaux jouissaient d'un pouvoir discrétionnaire du fait qu'il leur appartenait de juger les faits[303]; ils jouissaient d'"une marge d'appréciation pour déterminer la valeur des éléments de preuve et l'importance à leur accorder".[304] Demander aux groupes spéciaux, dans leur évaluation des preuves portées à leur connaissance, de donner la priorité à lévaluation des preuves scientifiques et du risque faite par le Membre importateur n'est pas compatible avec ce principe bien établi.

167. Pour ces raisons, nous rejetons l'affirmation selon laquelle, au titre de l'article 2:2, un groupe spécial est obligé de donner la priorité à l'approche des preuves scientifiques et du risque suivie par un Membre quand il analyse et évalue les preuves scientifiques. Par conséquent, nous ne partageons pas l'avis du Japon selon lequel le Groupe spécial a fait erreur en évaluant si les États-Unis avaient établi l'existence d'éléments *prima facie* du fait qu'il s'est placé dans une perspective différente de celle qui était inhérente à l'approche des preuves scientifiques et du risque suivie par le Japon. Ainsi, nous ne sommes pas convaincus que nous devrions revoir la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les États-Unis ont établi *prima facie* que la mesure du Japon était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes.

168. Compte tenu de ces considérations, nous confirmons les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.199 et 9.1 a) de son rapport, selon lesquels la mesure phytosanitaire du Japon en cause était maintenue "sans preuve scientifique suffisante" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

VIII. Article 5:7 de l'*Accord SPS*

169. Nous passons à la question de savoir si le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la mesure phytosanitaire du Japon n'était pas imposée relativement à une situation où "les preuves scientifiques pertinentes [sont] insuffisantes" au sens de l'article 5:7 de l'*Accord SPS*.

170. L'article 2:2 de l'*Accord SPS* dispose que les Membres ne maintiendront pas de mesures sanitaires ou phytosanitaires sans preuves scientifiques suffisantes, "exception faite de ce qui est

---

[302] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 142.

[303] Rapport de l'Organe d'appel *CE - Linge de lit (article 21:5 - Inde)*, paragraphes 170, 177 et 181; rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 299; rapport de l'Organe d'appel *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphes 161 et 162; rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 132; et rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphes 262 à 267; le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphes 140 à 142; et le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Produits laitiers*, paragraphes 137 et 138.

[304] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 161.

prévu au paragraphe 7 de l'article 5". Devant le Groupe spécial, le Japon a contesté que sa mesure phytosanitaire soit "maintenue sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2. Il a allégué, à titre subsidiaire, que sa mesure était une mesure provisoire conforme à l'article 5:7.

171. L'article 5:7 de l'*Accord SPS* est ainsi libellé:

> *Évaluation des risques et détermination du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire*
>
> ...
>
> Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable.

172. Le Groupe spécial a constaté que la mesure du Japon n'était pas une mesure provisoire justifiée au titre de l'article 5:7 de l'*Accord SPS* parce que la mesure n'était pas imposée relativement à une situation où "les preuves scientifiques pertinentes [sont] insuffisantes".[305]

173. Le Groupe spécial a défini la "question phytosanitaire considérée" comme étant le risque de transmission du feu bactérien par les pommes.[306] Il a fait observer que "les études scientifiques et l'expérience pratique [s'étaient] accumulées depuis 200 ans"[307] sur cette question et que, au cours de son analyse au titre de l'article 2:2, il avait pris connaissance d'un "grand nombre de preuves pertinentes".[308] Il a fait observer qu'une grande quantité de preuves scientifiques de qualité sur le risque de transmission du feu bactérien par les pommes avait été obtenue au fil des ans et a relevé que les experts avaient dit avoir une confiance élevée et croissante dans ces preuves. Déclarant que l'article 5:7 était "destiné à être invoqué dans les situations où l'on n'avait pas ou peu de preuves dignes de foi sur la question considérée"[309], le Groupe spécial a conclu que la mesure n'était pas

---

[305] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.221 et 8.222.

[306] *Ibid*., paragraphe 8.218.

[307] *Ibid*., paragraphe 8.219.

[308] *Ibid*., paragraphe 8.216.

[309] *Ibid*., paragraphe 8.219.

imposée relativement à une situation où les preuves scientifiques pertinentes étaient insuffisantes.[310] Il a ajouté que même si l'expression "preuves scientifiques pertinentes" figurant à l'article 5:7 faisait référence à un *aspect spécifique* d'un problème phytosanitaire, comme le Japon l'alléguait, sa conclusion resterait la même. Il a justifié son opinion sur la base de l'indication des experts selon laquelle il existait non seulement une grande quantité de preuves générales, mais aussi une grande quantité de preuves scientifiques pertinentes sur les questions scientifiques spécifiques soulevées par le Japon.[311]

174. Le Japon conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure n'est pas imposée relativement à une situation dans laquelle "les preuves scientifiques pertinentes [sont] insuffisantes" au sens de l'article 5:7 de l'*Accord SPS*.[312] En outre, le Japon estime que sa mesure satisfait à toutes les autres prescriptions de l'article 5:7.[313] En conséquence, il nous demande d'infirmer la constatation du Groupe spécial et de compléter l'analyse concernant la compatibilité de sa mesure avec les autres prescriptions énoncées à l'article 5:7.[314]

A. *Insuffisance des preuves scientifiques pertinentes*

175. Comme cela a été indiqué plus haut, l'allégation du Japon au titre de l'article 5:7 a été présentée devant le Groupe spécial à titre subsidiaire.[315] Le Japon invoquait l'article 5:7 seulement au cas où le Groupe spécial rejetterait son opinion selon laquelle il existait des "preuves scientifiques suffisantes" pour maintenir la mesure au sens de l'article 2:2. C'est dans ce contexte particulier que le Groupe spécial a attribué la charge de la preuve au Japon pour ce qui est d'établir l'existence d'éléments *prima facie* à l'appui de sa position s'agissant de l'article 5:7.[316]

---

[310] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.219.

[311] *Ibid*., paragraphe 8.220.

[312] Nous relevons que le Japon ne conteste pas la conclusion du Groupe spécial selon laquelle, pour évaluer si la mesure était imposée relativement à une situation où "les preuves scientifiques pertinentes [étaient] insuffisantes", le Groupe spécial devait examiner "non seulement les preuves étayant la position du Japon mais aussi les preuves étayant d'autres points de vue". (Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.216)

[313] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 117 à 120.

[314] *Ibid*., paragraphes 120 et 121.

[315] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 4.202.

[316] L'attribution par le Groupe spécial de la charge de la preuve au Japon s'agissant de l'établissement *prima facie* de la compatibilité avec l'article 5:7 n'est pas contestée en appel.

176. Dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, l'Organe d'appel a dit que l'article 5:7 établissait quatre prescriptions qui devaient être remplies pour qu'il soit possible d'adopter et de maintenir une mesure phytosanitaire provisoire.[317] Ces prescriptions sont les suivantes:

i) la mesure est imposée relativement à une situation où "les preuves scientifiques pertinentes [sont] insuffisantes";

ii) la mesure est adoptée "sur la base des renseignements pertinents disponibles";

iii) le Membre qui a adopté la mesure "s'efforc[e] d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque"; et

iv) le Membre qui a adopté la mesure "examin[e] en conséquence la mesure … dans un délai raisonnable".[318]

Ces quatre prescriptions sont "de toute évidence cumulatives par nature"[319]; comme l'Organe d'appel l'a dit dans l'affaire *Japon – Produits agricoles II*, "[c]haque fois qu'il n'est pas satisfait à l'*une* de ces quatre prescriptions, la mesure en cause est incompatible avec l'article 5:7".[320]

177. Les constatations du Groupe spécial concernent exclusivement la première prescription, à laquelle, selon lui, le Japon n'a pas satisfait.[321] Ces prescriptions étant cumulatives, le Groupe spécial a jugé inutile d'examiner les autres prescriptions pour constater une incompatibilité avec l'article 5:7.

178. L'appel du Japon est aussi centré sur la première prescription de l'article 5:7. Le Japon soutient que l'évaluation du point de savoir si les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes ne devrait pas être limitée aux preuves "en général" concernant la question phytosanitaire considérée mais devrait aussi porter sur une "situation particulière" relative à une "mesure particulière" ou à un "risque particulier".[322] Par conséquent, le Japon estime que le membre de phrase "[d]ans le cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes" figurant à l'article 5:7 "devrait être interprété comme ayant trait à une situation particulière concernant une *mesure* particulière à laquelle l'article 2:2 s'applique (ou un risque particulier) mais non à une *question* particulière en général, ce sur

[317] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 89.

[318] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 89. Les troisième et quatrième prescriptions ont trait au *maintien* d'une mesure phytosanitaire provisoire et soulignent le caractère *provisoire* des mesures adoptées conformément à l'article 5:7.

[319] Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 89.

[320] *Ibid*. (italique dans l'original)

[321] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.222.

[322] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 102.

quoi l'article 2:2 ne porte pas".[323] Selon le Japon, le Groupe spécial "a fait erreur en interprétant l'applicabilité de [l'article 5:7] d'une façon trop étroite"[324] et trop "rigide".[325]

179. Il nous semble que le Japon a tort de s'appuyer sur l'opposition entre les preuves "en général" et les preuves relatives à des aspects spécifiques d'une question particulière. Selon la première prescription de l'article 5:7, il doit y avoir des preuves scientifiques insuffisantes. Quand un groupe spécial examine une mesure qui, selon ce qu'allègue un Membre, est provisoire, ce groupe spécial doit évaluer si "les preuves scientifiques pertinentes [sont] insuffisantes". Cette évaluation doit être effectuée non dans l'abstrait mais à la lumière d'une recherche particulière. Les notions de "pertinence" et d'"insuffisance" dans le membre de phrase introductif de l'article 5:7 supposent un rapport entre les preuves scientifiques et quelque chose d'autre. Il est instructif de lire ce membre de phrase introductif dans le contexte plus général de l'article 5 de l'*Accord SPS*, qui s'intitule "Évaluation des risques et détermination du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire" si l'on veut définir la nature du rapport à établir. L'article 5:1 énonce une discipline essentielle dans le cadre de l'article 5, à savoir: "[l]es Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation … des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux".[326] Cette discipline éclaire les autres dispositions de l'article 5, y compris l'article 5:7. Nous relevons aussi que la deuxième phrase de l'article 5:7 fait référence à une "évaluation plus objective du risque". Ces éléments contextuels militent en faveur d'un lien ou d'un rapport entre la première prescription de l'article 5:7 et l'obligation de procéder à une évaluation des risques conformément à l'article 5:1: les "preuves scientifiques pertinentes" seront "insuffisantes" au sens de l'article 5:7 si l'ensemble des preuves scientifiques disponibles ne permet pas, sur le plan quantitatif ou qualitatif, de procéder à une évaluation adéquate des risques telle qu'elle est exigée à l'article 5:1 et définie dans l'Annexe A de l'*Accord SPS*. Ainsi, la question n'est pas de savoir s'il y a des preuves suffisantes de caractère général ou s'il y a des preuves suffisantes relatives à un aspect spécifique d'un problème phytosanitaire, ou à un risque spécifique. La question est de savoir si les preuves pertinentes, qu'elles soient "générales" ou "spécifiques", selon les termes utilisés par le Groupe spécial, sont suffisantes pour permettre d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination, en l'espèce, du feu bactérien, au Japon.

---

[323] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 102. (italique dans l'original)

[324] *Ibid.*, paragraphe 96.

[325] *Ibid.*, paragraphes 100 et 101.

[326] L'évaluation des risques mentionnée à l'article 5:1 est définie dans l'Annexe A de l'*Accord SPS*.

180. Le Groupe spécial a constaté qu'en ce qui concerne le risque de transmission du feu bactérien par les pommes exportées des États-Unis – "normalement"[327], des pommes mûres asymptomatiques – "il exist[ait] une grande quantité de preuves scientifiques de qualité obtenues au fil des ans, et montrant que le risque de transmission du feu bactérien par les pommes est négligeable" et qu'"il exist[ait] des preuves dans lesquelles les experts ont dit avoir une confiance croissante".[328]

181. Le Japon a aussi soulevé des questions spécifiques relatives aux bactéries endophytes dans les pommes mûres et l'aboutissement des filières de contamination.[329] En ce qui concerne ces questions spécifiques, le Groupe spécial a formulé la constatation de fait, sur la base des indications des experts qu'il avait consultés, selon laquelle il existait beaucoup de preuves scientifiques pertinentes sur ces questions aussi.[330] En outre, le Japon n'a pas convaincu le Groupe spécial du fait que ces preuves scientifiques n'étaient pas concluantes ou n'avaient pas produit de résultats fiables.[331]

182. Ces constatations de fait formulées par le Groupe spécial donnent à entendre que l'ensemble des preuves scientifiques disponibles permettait, sur les plans quantitatif et qualitatif, de procéder à une évaluation des risques, telle qu'elle est exigée à l'article 5:1 et définie dans l'Annexe A de l'*Accord SPS*, s'agissant du risque de transmission du feu bactérien par les pommes exportées des États-Unis vers le Japon. En particulier, selon ces constatations de fait du Groupe spécial, l'ensemble des preuves scientifiques disponibles permettrait de faire une "évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination"[332] du feu bactérien au Japon par l'intermédiaire des pommes exportées des États-Unis. En conséquence, compte tenu des constatations de fait formulées par le Groupe spécial, nous concluons qu'en ce qui concerne le risque de transmission du feu bactérien par les pommes exportées des États-Unis vers le Japon ("normalement", des pommes mûres asymptomatiques), les "preuves scientifiques pertinentes" ne sont pas "insuffisantes" au sens de l'article 5:7.

B. *Argument du Japon sur l'"incertitude scientifique"*

183. Le Japon conteste la déclaration du Groupe spécial selon laquelle l'article 5:7 est censé s'appliquer uniquement aux "situations où l'on n'avait pas ou peu de preuves dignes de foi sur la

---

[327] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.87 et 8.141.

[328] *Ibid.*, paragraphe 8.219.

[329] *Ibid.*, paragraphe 8.220.

[330] *Ibid.*

[331] *Ibid.*, paragraphe 7.9. Voir aussi les constatations de fait formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.128, 8.168 et 8.171 de son rapport, dans le contexte de son analyse au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

[332] Annexe A de l'*Accord SPS*, paragraphe 4.

question considérée"[333] parce que cela ne prévoit pas les situations d'"incertitude non réglée". Le Japon établit une distinction entre une "incertitude nouvelle" et une "incertitude non réglée"[334], faisant valoir que toutes deux relèvent de l'article 5:7. Selon lui, une "incertitude nouvelle" apparaît quand un risque nouveau est décelé; il fait valoir que la description du Groupe spécial selon laquelle "l'on n'avait pas ou peu de preuves dignes de foi sur la question considérée" s'applique à une situation d'"incertitude nouvelle".[335] Nous croyons comprendre que le Japon définit une "incertitude non réglée" comme étant une incertitude que les preuves scientifiques ne permettent pas de régler, bien que de telles preuves se soient accumulées.[336] Selon le Japon, le risque de transmission du feu bactérien par les pommes concerne essentiellement une situation d'"incertitude non réglée".[337] Ainsi, le Japon maintient que, malgré des preuves scientifiques considérables concernant le feu bactérien, il existe encore une incertitude au sujet de certains aspects de la transmission de cette maladie. Il soutient que le raisonnement du Groupe spécial revient à restreindre l'applicabilité de l'article 5:7 aux situations d'"incertitude nouvelle" et à exclure les situations d'"incertitude non réglée" et que, ce faisant, le Groupe spécial a fait erreur en droit.[338]

184. Nous ne partageons pas l'opinion du Japon. L'application de l'article 5:7 est déclenchée non par l'existence d'une incertitude scientifique mais plutôt par l'insuffisance des preuves scientifiques. Le texte de l'article 5:7 est clair: il fait référence aux "cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes" et non à l'"incertitude scientifique". Ces deux notions ne sont pas interchangeables. Par conséquent, nous ne pouvons pas accepter l'approche du Japon consistant à interpréter l'article 5:7 à travers le prisme de l'"incertitude scientifique".

185. Nous ne trouvons rien non plus qui puisse servir de base à l'argument du Japon selon lequel l'interprétation de l'article 5:7 donnée par le Groupe spécial est trop étroite car elle exclut les cas où la quantité de preuves concernant une question phytosanitaire "n'est pas limitée"[339] mais où les preuves scientifiques disponibles n'ont pas permis de régler la question. La déclaration du Groupe spécial selon laquelle l'article 5:7 vise à s'appliquer à des "situations où l'on n'avait pas ou peu de preuves dignes de foi sur la question considérée" fait référence à la disponibilité de preuves *dignes de foi.* Nous ne considérons pas que l'interprétation du Groupe spécial exclue les cas où les preuves

---

[333] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.219.

[334] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 101.

[335] *Ibid.*, note de bas de page 76 relative au paragraphe 98.

[336] *Ibid.*, paragraphe 98.

[337] *Ibid.*, paragraphes 105 à 110.

[338] *Ibid.*, paragraphe 110.

[339] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.8.

disponibles sont plus que minimes en quantité mais n'ont pas conduit à des résultats dignes de foi ou concluants. En fait, le Groupe spécial a explicitement reconnu que de tels cas relevaient du champ d'application de l'article 5:7 quand il a fait observer, dans la section de son rapport consacrée au réexamen intérimaire, que selon son approche, l'article 5:7 serait applicable à une situation où de nombreux travaux de recherche auraient été effectués sur une question particulière sans donner de preuves fiables.[340]

C. *Invocation par le Groupe spécial d'un "historique de 200 ans d'études et d'expérience pratique"*

186. Le Japon soutient que la conclusion du Groupe spécial concernant l'article 5:7 est fondée sur son évaluation selon laquelle, en ce qui concerne le feu bactérien, "les études scientifiques et l'expérience pratique se sont accumulées depuis 200 ans".[341] Il estime que le Groupe spécial n'était pas habilité à se prononcer sur la base d'un ""historique" de 200 ans d'études et d'expérience pratique"[342] parce que "les États-Unis n'avaient soulevé aucune objection à l'encontre de l'application de l'article 5:7 sur la base d'un "historique" de 200 ans d'études et d'expérience pratique".[343] En d'autres termes, selon le Japon, le Groupe spécial n'était pas habilité à formuler une conclusion concernant l'article 5:7 sur la base d'un tel "historique" à moins que les États-Unis n'aient soulevé une objection sur la base de l'"historique", ce qu'ils n'avaient pas fait.[344]

187. Au cours de son raisonnement, le Groupe spécial a indiqué qu'au sujet du risque de transmission du feu bactérien par les pommes, "les expériences scientifiques et l'expérience pratique s'étaient accumulées depuis 200 ans".[345] Cette déclaration était en relation avec le débat dans le cadre de l'article 5:7 et était fondée sur les preuves portées à la connaissance du Groupe spécial.[346] En conséquence, il était approprié que le Groupe spécial fasse une telle déclaration que les États-Unis aient ou non explicitement avancé un argument sur la base de l'"historique".

---

[340] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.9.

[341] *Ibid.*, paragraphe 8.219; communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 93 et 97.

[342] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 97.

[343] *Ibid.*, paragraphe 97.

[344] *Ibid.*, paragraphe 97.

[345] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.219.

[346] Nous relevons que M. Chris Hale, l'un des experts consultés par le Groupe spécial, se plaçant dans une perspective historique, a dit qu'"il avait fallu 220 ans au feu bactérien pour se propager de l'État de New York, aux États-Unis, en 1780, jusqu'aux zones géographiques où il était actuellement présent". (*Ibid.*, paragraphe 6.28)

188. Compte tenu de ces considérations, nous confirmons les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.222 et 9.1 b) de son rapport, selon lesquelles la mesure phytosanitaire du Japon en cause n'était pas imposée relativement à une situation "où les preuves scientifiques pertinentes [étaient] insuffisantes" et selon lesquelles, par conséquent, il ne s'agissait pas d'une mesure provisoire justifiée au titre de l'article 5:7 de l'*Accord SPS*. Nous notons que le Japon nous a demandé, au cas où nous infirmerions la constatation du Groupe spécial relative à l'article 5:7, de compléter l'analyse en ce qui concerne les autres prescriptions énoncées à l'article 5:7 de l'*Accord SPS*. Étant donné notre conclusion, il n'est pas nécessaire que nous le fassions.

IX. Article 5:1 de l'*Accord SPS*

189. Nous passons maintenant aux allégations d'erreur formulées par le Japon au sujet de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*. Le Groupe spécial a commencé son évaluation de l'allégation des États-Unis au titre de l'article 5:1 en notant que les deux parties avaient effectivement identifié un document appelé l'"ARP de 1999" comme étant l'évaluation des risques à analyser dans cette évaluation.[347] Le Japon a toutefois formulé une objection à l'encontre de l'examen par le Groupe spécial, dans le cadre de l'évaluation de la conformité de l'ARP de 1999 avec les prescriptions de l'article 5:1, des preuves apparues après l'ARP de 1999. Malgré cette objection, le Groupe spécial a conclu ce qui suit: "[n]ous considérerons donc principalement l'ARP de 1999 comme étant l'évaluation des risques pertinente en l'espèce, mais nous n'excluons pas que d'autres éléments, y compris des renseignements ultérieurs, puissent également être pertinents".[348]

190. En ce qui concerne le fond de l'allégation, le Groupe spécial a relevé tout d'abord que les États-Unis ne contestaient pas le fait que l'ARP de 1999 identifiait à juste titre le feu bactérien comme étant la maladie en cause.[349] L'allégation des États-Unis était centrée sur le fait que i) l'évaluation du risque ne contenait pas une évaluation suffisante de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien, et ii) cette évaluation n'avait pas été faite "en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées".[350]

191. Pour ce qui est du premier élément de l'allégation, le Groupe spécial a dit qu'une évaluation des risques devait être suffisamment spécifique au risque en cause. À cet égard, il a fait observer que

---

[347] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.247. En réponse aux questions posées à l'audience, les deux participants ont réaffirmé que l'analyse du Groupe spécial au titre de l'article 5:1 était centrée sur l'ARP de 1999.

[348] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.248.

[349] *Ibid.*, paragraphe 8.252.

[350] *Ibid.*, paragraphe 8.253.

l'ARP de 1999 contenait une étude de plusieurs hôtes possibles du feu bactérien, y compris les pommes. Reconnaissant que le risque de transmission du feu bactérien pouvait varier sensiblement d'une plante à l'autre, il a constaté que l'évaluation des risques n'était pas "suffisamment spécifique" parce que "la conclusion de l'ARP [de 1999] ne prétend[ait] pas porter exclusivement sur l'introduction de la maladie par les pommes, mais sembl[ait] porter plus généralement sur son introduction par n'importe quel hôte/vecteur sensible".[351]

192. Le Groupe spécial a constaté de même que dans l'examen des filières possibles, le risque d'entrée par le biais des pommes avait été "mêlé[ ]" au risque associé à d'autres vecteurs possibles, y compris des vecteurs considérés comme des sources potentielles de contamination plus probables que les pommes.[352] Le Groupe spécial a aussi déterminé que dans les parties de l'ARP de 1999 qui traitaient spécifiquement des pommes, bien que la *possibilité* d'entrée, d'établissement ou de dissémination du feu bactérien par le biais de ce vecteur ait été notée, la *probabilité* de voir ces événements se réaliser n'avait pas été convenablement évaluée. Enfin, le Groupe spécial a rappelé le témoignage de certains experts, mettant en évidence plusieurs étapes de l'évaluation de la probabilité d'entrée qui avaient été "omises" dans l'ARP de 1999.[353] Compte tenu de ces lacunes, le Groupe spécial a conclu que l'évaluation des risques effectuée par le Japon ne contenait pas d'évaluation correcte de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien par le biais des pommes.

193. En ce qui concerne le deuxième élément de l'allégation des États-Unis, le Groupe spécial a fait observer qu'une évaluation des risques, conformément à l'Annexe A de l'*Accord SPS*, exigeait une évaluation "en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées". Sur la base de ce libellé, il a déterminé qu'une évaluation des risques devait porter non seulement sur la mesure particulière déjà en place, mais aussi sur d'autres mesures qui "*pourraient*" être appliquées.[354] Étant donné que l'ARP de 1999 ne portait pas sur d'autres mesures d'atténuation des risques, le Groupe spécial a constaté que l'évaluation des risques était inadéquate aux fins de l'article 5:1.

194. Examinant l'évaluation faite par le Japon de la mesure qui était déjà en place, le Groupe spécial a reconnu que l'on pouvait considérer que l'ARP de 1999 constituait une "certaine" évaluation de la probabilité de l'entrée de la maladie et de l'atténuation possible au moyen de la mesure existante. Il a cependant fait observer que dans l'affaire *Australie – Saumons*, l'Organe d'appel avait constaté

---

[351] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.271.

[352] *Ibid.*, paragraphe 8.278.

[353] *Ibid.*, paragraphe 8.279.

[354] *Ibid.*, paragraphe 8.283. (italique dans l'original)

qu'une "certaine" évaluation était insuffisante aux fins de l'article 5:1 et qu'une comparaison entre l'évaluation faite par le Japon et celle qui avait été faite par le Membre importateur dans cette affaire montrait que l'ARP de 1999 était "beaucoup moins substantielle".[355] Le Groupe spécial a aussi relevé que dans l'ARP de 1999, il était supposé que les éléments individuels composant la mesure du Japon seraient appliqués de façon cumulative, sans examen de leur efficacité individuelle. Il a constaté que l'examen requis d'autres mesures possibles comprenait l'obligation d'évaluer s'il était nécessaire que les éléments indépendants soient appliqués de façon cumulative et de donner une explication à ce sujet.[356] En conséquence, le Groupe spécial a conclu que dans l'ARP de 1999, le Japon n'avait pas suffisamment conduit son évaluation "en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées".

195. Le Japon conteste trois aspects spécifiques de l'analyse de l'ARP de 1999 faite par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1. Premièrement, il conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'ARP de 1999 est incompatible avec les prescriptions de l'article 5:1 parce que l'analyse n'était pas centrée sur le risque d'entrée du feu bactérien par le biais des *pommes* en particulier. Il soutient que le Groupe spécial a mal interprété l'article 5:1 et a mal compris la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones* pour ce qui est de la prescription concernant la "spécificité" d'une évaluation des risques.[357] Deuxièmement, il fait valoir que l'article 5:1, contrairement à l'interprétation donnée par le Groupe spécial, n'exige pas l'examen de "mesures autres que celles qu'il appliquait".[358] Enfin, il allègue que son évaluation des risques devrait être évaluée à la lumière des preuves disponibles au moment de l'évaluation et non compte tenu des preuves qui sont devenues disponibles ultérieurement.[359]

196. Nous commençons notre analyse par le texte de la disposition pertinente en cause, l'article 5:1 de l'*Accord SPS*:

> Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour la préservation des végétaux, compte tenu des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes.

---

[355] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.287.

[356] *Ibid.*, paragraphe 8.288.

[357] *Ibid.*, paragraphes 127 à 129.

[358] *Ibid.*, paragraphe 133, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.285.

[359] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 135 à 138.

La première clause du paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS* définit l'"'évaluation des risques" pour une mesure visant à préserver les végétaux des risques découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de maladies de la façon suivante:

> *Évaluation des risques* - Évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'un parasite ou d'une maladie sur le territoire d'un Membre importateur en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées, et des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter ...[360]

Sur la base de cette définition, l'Organe d'appel a déterminé ce qui suit dans l'affaire *Australie - Saumons*:

> ... une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 doit permettre:
>
> 1) d'*identifier* la ou les maladies dont un Membre veut empêcher l'entrée, l'établissement ou la dissémination sur son territoire ainsi que les conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter;
>
> 2) d'*évaluer la probabilité* de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de ces maladies ainsi que des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter; et
>
> 3) d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de ces maladies *en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées*.[361]

197. Comme le Groupe spécial l'a fait observer, les États-Unis n'allèguent pas que l'évaluation des risques faite par le Japon ne répond pas à la première de ces conditions.[362] Le Groupe spécial a donc limité son analyse de l'évaluation des risques effectuée par le Japon aux deuxième et troisième conditions. Il a constaté que l'ARP de 1999 ne constituait pas une "évaluation des risques" telle que cette expression est définie dans l'*Accord SPS*, parce qu'elle ne répondait à aucune de ces conditions. Le Japon conteste les aspects de l'analyse du Groupe spécial relatifs à ces deux conditions. Nous

---

[360] La deuxième clause du paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS* porte sur les évaluations des risques dans lesquelles sont évalués "[les] effets négatifs que pourrait avoir sur la santé des personnes et des animaux la présence d'additifs, de contaminants, de toxines ou d'organismes pathogènes dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux". En tant que telle, la deuxième clause ne définit pas le type d'évaluation des risques pertinent pour le présent différend, qui concerne la possibilité de transmission du feu bactérien aux plantes du Japon. (Voir le rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, note de bas de page 67 relative au paragraphe 120.)

[361] *Ibid*., paragraphe 121. (italique dans l'original)

[362] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.252.

examinons chacune de ces conditions avant de passer à l'argument du Japon concernant les preuves sur lesquelles un groupe spécial peut s'appuyer quand il évalue une évaluation des risques.

A. *Évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien*

198. Le Japon conteste tout d'abord la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'ARP de 1999 n'était pas suffisamment spécifique pour constituer une évaluation des risques au sens de l'*Accord SPS* parce qu'elle ne contenait pas d'évaluation du risque relative aux *pommes* en particulier. Dans l'affaire *CE – Hormones*, dans le contexte de l'évaluation du point de savoir si une mesure était "établie sur la base" d'une évaluation des risques, l'Organe d'appel a examiné la spécificité de l'évaluation des risques sur laquelle s'appuyait le Membre importateur. Dans cette affaire, le Membre importateur s'était référé à certaines études et certains articles scientifiques comme constituant l'évaluation des risques à l'origine de ses mesures. Dans son rapport, l'Organe d'appel a décrit la constatation du Groupe spécial selon laquelle ces documents:

> [avaient] trait au potentiel cancérogène de *catégories* entières d'hormones, ou des hormones en cause *en général.* ... [Ils] n'évalu[aient] pas le potentiel cancérogène de ces hormones lorsqu'elles [étaient] expressément utilisées *à des fins anabolisantes*. En outre, ils n'évalu[aient] pas les effets cancérogènes que pourrait expressément avoir la présence *dans "les produits alimentaires*", plus précisément les "viandes ou produits carnés" de résidus des hormones en cause.[363] (italique dans l'original)

199. Le Groupe spécial *CE – Hormones* avait conclu en conséquence que les études citées par le Membre importateur étaient insuffisantes pour étayer les mesures en cause. L'Organe d'appel a confirmé ces constatations, déclarant que, bien que les études citées par le Membre importateur:

> ... attestent effectivement l'existence d'un risque général de cancer ... elles ne mett[aient] pas en évidence et n'étudi[aient] pas le type particulier de risque dont il s'agi[ssait] [dans cette affaire] - le potentiel cancérogène ou génotoxique des résidus de ces hormones présents dans la viande provenant de bovins auxquels les hormones [avaient] été administrées à des fins anabolisantes - comme l'exige[ait] le paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS*.[364]

---

[363] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 199.

[364] *Ibid*., paragraphe 200.

L'Organe d'appel a donc conclu que l'évaluation des risques n'avait pas "un rapport suffisant avec l'affaire à l'étude".[365]

200. En l'espèce, le Groupe spécial, s'appuyant sur la constatation de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*, a conclu que l'ARP de 1999 n'était pas suffisamment spécifique pour constituer une "évaluation des risques" conforme à l'*Accord SPS*.[366] Le Groupe spécial a fondé cette conclusion sur sa constatation selon laquelle, bien que l'ARP de 1999 contienne des déterminations concernant l'entrée, l'établissement et la dissémination du feu bactérien par le biais de toute une série d'hôtes (y compris les pommes), elle ne contenait par d'évaluation de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien par le biais des pommes en tant que vecteur séparé et distinct.[367] Comme le Groupe spécial l'a dit en réponse aux observations du Japon au stade du réexamen intérimaire, "le Japon a évalué les risques associés à tous les hôtes possibles pris ensemble, sans examiner suffisamment les risques associés spécifiquement au produit en cause: les pommes américaines exportées au Japon".[368]

201. Le Japon ne conteste pas la description de l'évaluation des risques donnée par le Groupe spécial comme étant une évaluation dans laquelle les risques liés aux pommes n'étaient pas analysés séparément des risques créés par d'autres hôtes.[369] Il allègue plutôt que le raisonnement du Groupe spécial a trait à une "question de méthodologie", laquelle relève du pouvoir discrétionnaire du Membre importateur.[370] Il soutient que la prescription concernant la "spécificité" expliquée dans l'affaire *CE – Hormones* a trait à la spécificité du risque et non à la méthodologie d'évaluation des risques.[371]

---

[365] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 200.

[366] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.267 et 8.271.

[367] *Ibid*., paragraphes 8.268 à 8.271.

[368] *Ibid*., paragraphe 7.14.

[369] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 128; réponse du Japon aux questions posées à l'audience.

[370] *Ibid*., paragraphe 127.

[371] *Ibid*., paragraphe 129.

202. Nous ne partageons pas l'opinion du Japon. Conformément à l'*Accord SPS*, l'obligation de procéder à une évaluation du "risque" n'est pas remplie simplement par un examen général de la maladie que l'on cherche à éviter en imposant une mesure phytosanitaire.[372] L'Organe d'appel a constaté que l'évaluation des risques en cause dans l'affaire *CE – Hormones* n'avait pas "un rapport suffisant avec ..." même si les articles scientifiques cités par le Membre importateur avaient permis d'évaluer le "potentiel cancérogène de *catégories* entières d'hormones, ou des hormones en cause *en général*".[373] Le Groupe spécial a conclu que pour constituer une "évaluation des risques" telle qu'elle était définie dans l'*Accord SPS*, l'évaluation des risques aurait dû comprendre un examen du potentiel cancérogène, non des hormones pertinentes en général, mais des "résidus de ces hormones présents dans la viande provenant de bovins auxquels les hormones [avaient] été administrées à des fins anabolisantes".[374] Par conséquent, quand il a examiné le risque à spécifier dans l'évaluation des risques dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a fait référence en général au dommage considéré (cancer ou dommage génétique) *ainsi qu'*à l'agent précis pouvant peut-être causer le dommage (c'est-à-dire les hormones spécifiques quand elles étaient utilisées d'une manière spécifique et à des fins spécifiques).

203. En l'espèce, le Groupe spécial a constaté que la conclusion de l'ARP de 1999 concernant le feu bactérien "s'appu[yait] sur une évaluation globale des modes de contamination possibles, dans laquelle la pomme n'[était] que l'un des hôtes/vecteurs possibles".[375] Le Groupe spécial a aussi constaté, sur la base des preuves scientifiques, que le risque d'entrée, d'établissement ou de dissémination de la maladie variait sensiblement selon le vecteur, ou la plante hôte spécifique, qui était évaluée.[376] Étant donné que la mesure en cause a trait au risque de transmission du feu bactérien par les pommes, quand on évalue si l'évaluation des risques a "un rapport suffisant avec l'affaire à

---

[372] En fait, nous estimons que, d'une façon générale, le "risque" ne peut pas habituellement être compris seulement comme étant lié à la maladie ou aux effets négatifs qui peuvent en résulter. Une évaluation des risques doit plutôt associer la possibilité d'effets négatifs à un antécédent ou à une cause. Par exemple, la référence abstraite au "risque de cancer" n'a pas de signification, en elle-même et à elle seule, dans le cadre de l'*Accord SPS*; mais si l'on fait référence au "risque de cancer résultant du tabagisme", le risque particulier prend une dimension concrète.

[373] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 199 (italique dans l'original). En d'autres termes, dans l'évaluation des risques présentée par le Membre importateur dans l'affaire *CE – Hormones*, l'examen portait sur le rapport entre le *groupement* général d'hormones faisant l'objet de la mesure et le cancer.

[374] *Ibid.*, paragraphe 200.

[375] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.270.

[376] *Ibid.*, paragraphe 8.271, dont la partie pertinente est ainsi libellée:

> Les preuves scientifiques présentées par les deux parties ne laissent aucun doute sur le fait que le risque d'introduction et de dissémination de la maladie varie considérablement en fonction de la plante hôte, les plantes de pépinière et les greffons étant mentionnés comme des sources connues de dissémination du feu bactérien dans certains cas.

l'étude"[377], la nature du risque traité par la mesure en cause est un facteur à prendre en compte. Compte tenu de ces considérations, nous estimons que le Groupe spécial a déterminé à juste titre que "[l']évalu[ation des] risques associés à tous les hôtes possibles pris ensemble"[378] faite dans l'ARP de 1999 n'était pas suffisamment spécifique pour qu'elle puisse être considérée comme une "évaluation des risques" au sens de l'*Accord SPS* pour l'évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien au Japon par le biais des pommes.[379]

204. Le Japon soutient que la "méthodologie" d'évaluation des risques n'est pas une question qui est traitée directement dans l'*Accord SPS*. En particulier, il indique que le point de savoir s'il convient d'analyser le risque sur la base du parasite particulier ou de la maladie particulière, ou sur la base d'un produit particulier, est une "question de méthodologie" que l'*Accord SPS* ne traite pas directement.[380] Nous partageons cette opinion. Contrairement à ce qu'estime le Japon, cependant, l'interprétation de l'affaire *CE – Hormones* faite par le Groupe spécial ne donne pas à entendre qu'il existe une obligation de suivre une méthodologie particulière pour procéder à une évaluation des risques. En d'autres termes, même si, dans un contexte donné, une évaluation des risques doit porter sur un agent ou une filière spécifique par le biais duquel la contamination pourrait se produire, il n'est pas interdit aux Membres d'organiser leurs évaluations des risques compte tenu de la maladie ou du parasite en cause, ou du produit à importer. Ainsi, les Membres sont libres d'examiner dans leur analyse des risques de multiples agents en rapport avec une maladie, à condition que l'évaluation des risques attribue une probabilité d'entrée, d'établissement ou de dissémination de la maladie à chaque agent spécifiquement. Les Membres sont aussi libres de suivre l'autre "méthodologie" définie par le Japon et de centrer leur attention sur un produit particulier, à la même condition.

---

[377] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 200.

[378] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.14.

[379] Nous croyons comprendre que le Groupe spécial n'a pas fondé sa constatation sur la question de savoir si l'*Accord SPS* exigeait qu'une évaluation des risques contienne une analyse de l'importation de produits *par pays* et n'a fait aucune référence à cette question. Aucun participant dans le présent appel ne nous a demandé de constater que la définition de l'"évaluation des risques" figurant dans l'*Accord SPS* imposait une analyse du risque spécifique à *chaque pays* d'exportation. En conséquence, nous ne formulons aucune constatation sur le point de savoir si une analyse *par pays* est nécessaire pour qu'un Membre s'acquitte de ses obligations au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

[380] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 127 et 128.

205. En fait, les normes internationales pertinentes qui, selon ce qu'allègue le Japon, "adoptent les deux méthodologies"[381], prévoient expressément un examen des risques en rapport avec des filières particulières.[382] Ces normes exigent cet examen spécifique même quand l'analyse des risques est engagée sur la base du parasite particulier ou de la maladie particulière en cause[383], comme l'a été

---

[381] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 128, citant les "Directives pour l'analyse du risque phytosanitaire", *Normes internationales pour les mesures phytosanitaires*, n° 2 (Rome 1996), Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture; pièce n° 30 du Japon présentée par le Japon au Groupe spécial; et "Analyse du risque phytosanitaire pour les organismes de quarantaine", *Normes internationales pour les mesures phytosanitaires*, n° 11 (Rome 2001), Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture; pièce n° 15 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial.

[382] Par exemple, les *Normes internationales pour les mesures phytosanitaires*, n° 2, indiquent aux pages 16 et 17 ce qui suit:

> La dernière partie de l'évaluation porte sur le potentiel d'introduction qui dépend des filières entre le pays exportateur et la destination, ainsi que sur la fréquence et la quantité des organismes nuisibles qui suivent ces filières ...
>
> On trouvera ci-après une liste partielle qui pourrait servir à estimer le potentiel d'introduction en fonction des facteurs qui influent sur la probabilité d'entrée et de ceux qui influent sur la probabilité d'établissement.
>
> Entrée:
> - Possibilité de contamination par l'organisme nuisible des marchandises ou moyens de transport
>
> ...
>
> Établissement:
> - Nombre et fréquence des envois de la marchandise
>
> ...
>
> - Usage prévu de la marchandise
>
> ...

(Pièce n° 30 présentée par le Japon au Groupe spécial, *supra*, note de bas de page 379)

De même les *Normes internationales pour les mesures phytosanitaires*, n° 11, indiquent ce qui suit, aux pages 13 et 14:

> Toutes les filières pertinentes seront examinées. ... Les envois de végétaux et de produits végétaux faisant l'objet d'un commerce international sont les principales filières concernées et la structure actuelle de ces échanges déterminera, en grande partie, les filières pertinentes. Les autres filières comme d'autres types de marchandises ... seront prises en compte, le cas échéant ...
>
> ...
>
> On examinera:
> - les mécanismes de dispersion, y compris les vecteurs qui permettent le passage de la filière à un hôte approprié
> - la question de savoir si la marchandise importée doit être envoyée à quelques-uns seulement ou à de nombreux points de destination dans la zone [visée par l'analyse du risque phytosanitaire]
>
> ...
>
> - l'utilisation prévue de la marchandise
>
> ...

(Pièce n° 15 des États-Unis présentée par les États-Unis au Groupe spécial, *supra*, note de bas de page 379)

[383] Voir, *supra*, la note de bas de page 382.

l'ARP de 1999. Par conséquent, notre conclusion selon laquelle le Groupe spécial a constaté à juste titre que l'évaluation des risques faite par le Japon n'était pas suffisamment spécifique ne limite pas le droit d'un Membre importateur d'adopter toute "méthodologie" appropriée, compatible avec la définition de l'"évaluation des risques" figurant au paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS*.

206. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.271 de son rapport, selon laquelle l'analyse du risque phytosanitaire de 1999 faite par le Japon ne répond pas à la définition de l'"évaluation des risques" figurant au paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS* parce qu'elle ne permet pas d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien spécifiquement par le biais des pommes.

B. *Évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination du feu bactérien "en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées"*

207. Le Japon conteste également la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon "n'a pas convenablement évalué … la probabilité d'entrée "en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées"".[384] Selon le Groupe spécial, les termes de la définition de l'"évaluation des risques" figurant au paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS* – plus précisément, le membre de phrase "en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées" – donnent à penser qu'"il faudrait prendre en considération non seulement les mesures particulières en application, mais aussi, au moins, une série potentielle de mesures pertinentes".[385] Le Japon a reconnu qu'il ne prenait pas en considération des politiques autres que la mesure déjà appliquée.[386] Toutefois, selon le Japon, cela "concerne là aussi la question de la méthodologie", qui relève du pouvoir discrétionnaire du Membre importateur.[387]

208. La définition de l'"évaluation des risques" figurant dans l'*Accord SPS* exige que l'évaluation de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'une maladie soit effectuée "en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées".[388] Nous pensons comme le Groupe spécial que ce membre de phrase "fait référence aux mesures *qui pourraient* ("might") être appliquées, et pas seulement aux mesures qui *sont* appliquées".[389] Dans le membre de phrase "qui

---

[384] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.285. Voir la communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 133.

[385] *Ibid.*, paragraphe 8.285.

[386] Réponse du Japon aux questions posées à l'audience.

[387] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 133.

[388] Annexe A de l'*Accord SPS*, paragraphe 4.

[389] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.283. (italique dans l'original)

pourraient être appliquées", le mot "might" est utilisé au conditionnel. Dans ce sens, "might" (pourraient) signifie "were or would be or have been able to, were or would be or have been allowed to, were or would perhaps"[390] (étaient ou seraient ou auraient été capables de, étaient ou seraient ou auraient été autorisés à, étaient ou seraient peut-être). Nous comprenons ce membre de phrase comme impliquant qu'une évaluation des risques ne devrait pas se limiter à un examen de la mesure déjà en place ou ayant la préférence du Membre importateur. En d'autres termes, l'évaluation envisagée au paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS* ne devrait pas être faussée par des idées préconçues sur la nature et la teneur de la mesure à prendre; elle ne devrait pas non plus se transformer en une démarche conçue spécialement et menée en vue de justifier des décisions *a posteriori*.

209. Dans la présente affaire, le Groupe spécial a constaté que l'ARP de 1999 portait exclusivement sur les "mesures de quarantaine végétale prises contre *E. amylovora* et appliquées par le Japon depuis 1994 aux pommes fraîches en provenance des États-Unis sur la base de la proposition du gouvernement des États-Unis".[391] Le Groupe spécial a également constaté que, dans l'ARP de 1999, rien n'avait été fait "pour évaluer l'"efficacité relative" des différentes prescriptions appliquées, ... [que] l'évaluation sembl[ait] partir de l'hypothèse que toutes ces mesures seraient appliquées de manière cumulative"[392], et qu'aucune analyse n'avait été faite de "leur efficacité relative et [du point de savoir] si et pourquoi elles [étaient] toutes nécessaires ensemble pour réduire ou supprimer la possibilité d'entrée, d'établissement ou de dissémination de la maladie".[393] En outre, le Groupe spécial s'est référé aux "avis exprimés par M. Hale et par M. Smith, selon lesquels l'ARP de 1999 "semblait préjuger du résultat de l'évaluation des risques" et "elle s'attachait principalement à démontrer que chacune des mesures déjà mises en place était efficace à certains égards, et en concluait que toutes devaient être appliquées"".[394] À notre avis, ces constatations de fait du Groupe spécial ne laissent aucun doute sur le fait que l'ARP de 1999 a été conçue et effectuée de telle manière qu'*aucune* politique phytosanitaire autre que le système de réglementation *déjà en place* n'a été prise en considération. En conséquence, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.285 de son rapport, selon laquelle "le Japon n'a pas convenablement évalué ... la probabilité d'entrée "en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées"".

---

[390] *Shorter Oxford English Dictionary*, 5th ed., W.R. Trumble, A. Stevenson (eds.) (Oxford University Press, 2002), volume I, page 1725.

[391] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.284, citant l'ARP de 1999, § 3-1. Le Japon a confirmé, en réponse aux questions posées à l'audience, que l'ARP de 1999 ne prenait en considération aucune mesure phytosanitaire autre que celle qui était en place.

[392] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.288.

[393] *Ibid*.

[394] *Ibid*., paragraphe 8.289. (notes de bas de page omises)

C. *Prise en considération des preuves scientifiques apparues après l'évaluation des risques en cause*

210. Enfin, le Japon fait valoir que "l'ARP du Japon *était* compatible avec l'article 5:1 de l'Accord SPS au moment de l'analyse, parce que la conformité d'une évaluation des risques avec l'article 5:1 devrait être évaluée par rapport aux renseignements disponibles au moment de l'évaluation des risques".[395] Selon le Japon, une évaluation des risques devrait être évaluée uniquement par rapport aux preuves disponibles au moment de l'évaluation des risques, de sorte qu'un Membre qui satisfait à la prescription imposant une évaluation des risques au moment où il adopte une mesure ne soit pas considéré comme ayant agi d'une manière incompatible avec l'article 5:1 quand des preuves scientifiques publiées ultérieurement sont découvertes.[396]

211. Au cours de l'audience, nous avons invité le Japon à indiquer sur quelles preuves, apparues après l'ARP de 1999, le Groupe spécial s'était appuyé pour évaluer l'évaluation des risques faite par le Japon au titre de l'article 5:1. Le Japon n'a pu en indiquer aucune. Nous avons également demandé aux participants quelle serait la conséquence juridique pour la constatation du Groupe spécial au titre de l'article 5:1 si nous constations, comme le Japon le demande, que le Groupe spécial n'était pas autorisé à examiner les preuves postérieures à l'ARP de 1999. Les États-Unis ont laissé entendre qu'il n'y aurait aucune conséquence pour le présent différend parce que l'évaluation des risques était "inadéquate" au moment où elle avait été achevée.[397] Le Japon n'a pas non plus fait état d'une quelconque conséquence d'une telle constatation de notre part.

212. Le Groupe spécial a conclu que la mesure du Japon ne pouvait pas être "établie sur la base" d'une évaluation des risques, comme l'exige l'article 5.1, parce que l'ARP de 1999 ne répondait pas à la définition de l'"évaluation des risques" figurant au paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS*.[398] Le Groupe spécial a déterminé qu'il n'était pas répondu à la définition de l'"évaluation des risques" parce que l'ARP de 1999 ne respectait pas les deux éléments examinés plus haut, à savoir qu'une évaluation des risques permette i) "d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de" la maladie des végétaux en question, et ii) d'effectuer une telle évaluation "en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées".[399]

---

[395] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 135. (italique dans l'original)

[396] *Ibid.*, paragraphe 135.

[397] Réponse des États-Unis aux questions posées à l'audience.

[398] Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.290 et 8.291.

[399] *Ibid.*, paragraphes 8.280, 8.285 et 8.288.

213. Selon nous, le Japon n'a pu indiquer aucune preuve scientifique sur laquelle le Groupe spécial s'était appuyé, mais qui avait été publiée après la remise de l'évaluation des risques de 1999, parce que le Groupe spécial n'a pas, en fait, fondé sa constatation sur de telles preuves. L'analyse du Groupe spécial a porté presque exclusivement sur l'évaluation des risques elle-même pour déterminer si l'ARP de 1999 satisfaisait aux prescriptions juridiques que le Groupe spécial a trouvées dans l'*Accord SPS*. Le Groupe spécial a identifié ces prescriptions comme étant la nécessité d'évaluer un risque avec un certain degré de "spécificité", d'évaluer la probabilité plutôt que les possibilités, et d'évaluer la probabilité de l'entrée "en fonction des mesures sanitaires et phytosanitaires qui pourraient être appliquées".[400] Au delà du texte de l'ARP de 1999, les seuls renseignements scientifiques sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé concernent sa constatation sur la "spécificité": sur ce point, le Groupe spécial a déterminé que "les preuves scientifiques présentées par les deux parties ne laiss[aient] aucun doute sur le fait que le risque d'introduction et de dissémination de la maladie vari[ait] considérablement en fonction de la plante hôte".[401] À partir de cette constatation de fait, le Groupe spécial a conclu que l'évaluation des risques effectuée par le Japon ne portait pas "de façon suffisamment spécifique sur la question en cause" parce qu'elle n'examinait pas le risque en relation avec les pommes en particulier.[402]

214. En indiquant que sa constatation de fait était fondée sur "les preuves scientifiques présentées par les deux parties", le Groupe spécial n'a pas cité les études en question ni indiqué de quelque manière que ce soit si ces études étaient antérieures ou postérieures à l'évaluation des risques effectuée par le Japon. Le Japon n'affirme pas que ces preuves scientifiques, ou toute autre preuve scientifique ayant servi de base à la conclusion du Groupe spécial concernant l'article 5:1, n'étaient pas à sa disposition au moment de l'évaluation des risques. Nous notons également que le dossier du Groupe spécial comprend des preuves scientifiques pertinentes fournies par les deux parties qui sont apparues *avant* l'évaluation des risques effectuée par le Japon.[403] De telles preuves auraient pu raisonnablement former la base de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle le risque lié au feu bactérien varie en fonction de la plante hôte. Dans ces circonstances, nous ne sommes pas persuadés que, lorsqu'il a

---

[400] Voir, par exemple, rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.268, 8.270, 8.271, 8.274 à 8.278, 8.284, 8.287 et 8.288.

[401] *Ibid*., paragraphe 8.271.

[402] *Ibid.*

[403] Voir, par exemple, R.G. Roberts *et al*., ""The potential for spread of *Erwinia amylovora* and fire blight via commercial apple fruit; a critical review and risk assessment", *Crop Protection* (1998), volume 17, n° 1, pages 19 à 28, page 24; pièce n° 5 du Japon, présentée par le Japon au Groupe spécial et pièce n° 4 des États-Unis, présentée par les États-Unis au Groupe spécial; T. van der Zwet *et al*., "Population of *Erwinia amylovora* on External and Internal Apple Fruit Tissues", *Plant Disease* (1990), volume 74, n° 9, pages 711 à 716, page 711; pièce n° 7 du Japon, présentée par le Japon au Groupe spécial; et S.V. Thomson, "Fire blight of apple and pear", *Diseases of Fruit Crops* (J. Kumar *et al*., eds.), volume 3, pages 32 à 65, § 2-1, page 32 et § 2-9-2, page 49; pièce n° 44 des États-Unis, présentée par les États-Unis au Groupe spécial.

analysé la conformité de l'ARP de 1999 avec les obligations du Japon au titre de l'article 5:1, le Groupe spécial se soit appuyé sur des preuves scientifiques dont le Japon ne disposait pas au moment où il a effectué son évaluation des risques.

215. Comme le Japon n'a pas établi que le Groupe spécial avait utilisé des preuves scientifiques ultérieures pour évaluer l'évaluation des risques en cause, il n'est pas nécessaire que nous nous exprimions sur la question de savoir si la conformité d'une évaluation des risques avec l'article 5:1 devrait être évaluée uniquement par rapport aux preuves scientifiques disponibles au moment de l'évaluation des risques, à l'exclusion des renseignements ultérieurs. Se prononcer sur de telles allégations hypothétiques ne serait pas utile pour "arriver à une solution positive" du présent différend.[404]

216. En conséquence, nous confirmons la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.290 de son rapport selon laquelle l'analyse du risque phytosanitaire de 1999 faite par le Japon ne répond pas à la définition de l'"évaluation des risques" figurant au paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS* parce qu'elle i) ne permet pas "d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination" de la maladie des végétaux en question et ii) ne permet pas d'effectuer une telle évaluation "en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées". En outre, comme l'ARP de 1999 n'est pas une "évaluation des risques" au sens de l'*Accord SPS*, il s'ensuit, comme le Groupe spécial l'a constaté, aux paragraphes 8.291 et 9.1 c) de son rapport, que la mesure phytosanitaire du Japon en cause n'est pas "établie sur la base" d'une évaluation des risques, comme l'exige l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

X. Article 11 du Mémorandum d'accord

217. Le Japon formule deux contestations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en ce qui concerne l'établissement des faits par le Groupe spécial: l'une concerne l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS* et l'autre concerne l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1 de cet accord. Dans la section IV du présent rapport, nous avons constaté que la contestation au titre de l'article 11 concernant l'analyse faite par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1 n'était pas indiquée de manière suffisante dans la déclaration d'appel du Japon pour que les États-Unis en soient avisés.[405] Nous avons constaté que la contestation relative à l'article 5:1 ne nous était pas soumise à bon droit et nous nous sommes donc abstenus de statuer à son sujet. Nous

[404] Article 3:7 du Mémorandum d'accord.

[405] Voir, *supra*, les paragraphes 127 et 128.

examinons par conséquent ci-après uniquement la contestation formulée par le Japon en ce qui concerne l'établissement des faits par le Groupe spécial au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

218. S'agissant de l'article 2.2 de l'*Accord SPS*, le Japon conteste l'analyse faite par le Groupe spécial de la probabilité que la filière de la transmission du feu bactérien par les pommes à d'autres plantes soit suivie jusqu'au bout. En particulier, le Japon conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle "il n'a pas été établi, au moyen de preuves scientifiques suffisantes, qu'il était probable que la dernière étape de la filière (c'est-à-dire la transmission du feu bactérien à une plante hôte) soit franchie".[406] Le Groupe spécial a formulé cette constatation de fait sur la dernière étape de la filière en ce qui concerne les pommes, qui comprennent les pommes mûres asymptomatiques ainsi que les pommes qui ne sont pas mûres ni asymptomatiques. Selon le Japon, le Groupe spécial, dans son analyse, a fait certaines erreurs lorsqu'il a évalué les preuves scientifiques pertinentes, dont chacune constitue un manquement de la part du Groupe spécial à l'obligation de "procéder à une évaluation objective des faits de la cause" au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. Les erreurs alléguées par le Japon sont les suivantes:

i) le Groupe spécial a fait une erreur factuelle "importante" dans sa description des preuves expérimentales ayant servi de base à la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il n'était pas probable que le feu bactérien soit transmis à d'autres plantes[407];

ii) le Groupe spécial est arrivé à une conclusion qui visait les pommes infectées, alors que les preuves portées à sa connaissance "étaient centrées autour" des pommes mûres asymptomatiques[408];

iii) le Groupe spécial n'a pas tenu compte du "principe de précaution", ni de la prudence sur laquelle les experts du Groupe spécial avaient insisté, en arrivant à sa conclusion sur la probabilité de l'aboutissement de la filière[409]; et

[406] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.168.

[407] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 52 à 54.

[408] *Ibid.*, paragraphe 51.

[409] *Ibid.*, paragraphes 64 à 70.

iv) la conclusion du Groupe spécial sur la probabilité de l'aboutissement de la filière est incompatible avec le fait qu'il a reconnu que le risque identifié par les experts n'était pas simplement un "risque théorique".[410]

219. Les États-Unis rejettent la contestation formulée par le Japon au titre de l'article 11 dans la mesure où elle s'applique aux pommes mûres asymptomatiques, et soutiennent que le Groupe spécial n'avait pas le pouvoir de faire des constatations sur les pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques. Ils font valoir que le Japon conteste essentiellement la description des preuves par le Groupe spécial et l'importance qu'il leur accorde, cherchant en fait à imposer une constatation du Groupe spécial sur l'aboutissement de la filière alors que le dossier ne contient aucune preuve pour étayer une telle constatation. À la lumière du "critère élevé" qu'il faut remplir pour faire aboutir une allégation au titre de l'article 11, les États-Unis estiment que l'allégation du Japon devrait être rejetée en ce qui concerne les pommes mûres asymptomatiques.[411]

220. Nous commençons par noter que l'article 11 du Mémorandum d'accord impose à un groupe spécial, entre autres choses, de:

> ... procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés.

221. Dans le premier appel où il y a eu une contestation au titre de l'article 11 de l'établissement des faits par un groupe spécial[412], à savoir dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a identifié l'"obligation de procéder à une évaluation objective des faits [comme étant] notamment une obligation d'examiner les éléments de preuve fournis à un groupe spécial et d'établir des constatations factuelles

---

[410] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 60 à 63.

[411] Communication des États-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 10.

[412] Avant l'affaire *CE – Hormones*, une allégation au titre de l'article 11 a été formulée en appel dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, mais cette allégation visait uniquement "la question de savoir si l'article 11 du *Mémorandum d'accord* permet à une partie plaignante de prétendre à une constatation sur chacune des allégations qu'elle formule devant un groupe spécial". (Rapport de l'Organe d'appel, page 20, DSR 1997:I, 323, page 338). En tant que telle, l'allégation ne contestait pas l'"évaluation des faits de la cause" par le Groupe spécial. En outre, dans l'affaire *Canada - Périodiques*, l'appelant a invoqué l'article 11 lorsqu'il a contesté le fait que le Groupe spécial s'était appuyé sur un "exemple hypothétique" pour établir une détermination de l'existence de "produits similaires" au titre de l'article III:2 du GATT de 1994. (Rapport de l'Organe d'appel, page 5, DSR 1997:I, 449, page 452) L'Organe d'appel, toutefois, n'a pas statué en ce qui concerne l'article 11. (*ibid.*, pages 22 à 26, DSR 1997:I, 449, pages 465 à 468)

sur la base de ces éléments de preuve".[413] Dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a fait en outre observer ce qui suit:

> [l]a question de la crédibilité d'un élément de preuve donné et de l'importance à lui accorder (c'est-à-dire l'appréciation dudit élément de preuve) fait partie intégrante du processus d'établissement des faits et est laissée, en principe, à la discrétion d'un groupe spécial, à qui il appartient de juger les faits.[414]

Depuis l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a constamment souligné que, dans les limites de l'obligation qu'ils ont au titre de l'article 11 de procéder à une évaluation objective des faits de la cause, les groupes spéciaux disposaient d'une "marge discrétionnaire" pour juger les faits.[415] Les groupes spéciaux ne sont donc "pas tenus d'attribuer aux éléments probants factuels des parties le même sens et le même poids que ceux qu'elles leur donnent"[416] et peuvent à juste titre "décider que certains éléments de preuve [sont] plus importants que d'autres".[417]

222. Conformément à cette marge discrétionnaire, l'Organe d'appel a reconnu que "les erreurs d'appréciation des éléments de preuve ne [pouvaient] pas toutes (encore que ce point puisse poser une question de droit) être considérées comme un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective des faits".[418] Lorsqu'il examine des allégations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord, l'Organe d'appel ne "détermine[ ] pas à nouveau, après le Groupe spécial, la valeur de preuve [d']études ni les conséquences, le cas échéant, des défauts allégués [que] présentent [les éléments de preuve]".[419] En effet:

> [p]our évaluer l'appréciation des éléments de preuve faite par le groupe spécial, nous ne pouvons pas fonder une constatation d'incompatibilité au titre de l'article 11 simplement sur la conclusion que nous aurions pu aboutir à une constatation de fait différente de

---

[413] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 133.

[414] *Ibid.*, paragraphe 132.

[415] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 161. Voir aussi, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *CE – Accessoires de tuyauterie*, paragraphe 125; le rapport de l'Organe d'appel *CE – Linge de lit (article 21:5 - Inde)*, paragraphes 170, 177 et 181; le rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 299 le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphes 161 et 162; le rapport de l'Organe d'appel *Japon - Produits agricoles II*, paragraphes 141 et 142; le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151; le rapport de l'Organe d'appel *Australie - Saumons*, paragraphe 266; et le rapport de l'Organe d'appel *Corée - Produits laitiers*, paragraphe 138.

[416] Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 267.

[417] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 161.

[418] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 133.

[419] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 177, citant le rapport de l'Organe d'appel *Corée – Boissons alcooliques*, paragraphe 161.

> celle à laquelle le groupe spécial est arrivé. Nous devons plutôt avoir la conviction que le groupe spécial a outrepassé les limites du pouvoir discrétionnaire dont il dispose pour juger les faits, dans son appréciation des éléments de preuve.[420]

Dans les cas où les parties contestant l'établissement des faits par un groupe spécial au titre de l'article 11 n'ont pas établi qu'un groupe spécial outrepassait les limites du pouvoir discrétionnaire dont il disposait pour juger les faits, l'Organe d'appel n'a pas "empiét[é]" sur les constatations du groupe spécial.[421]

A. *Descriptions des preuves expérimentales par le Groupe spécial*

223. Le Japon conteste tout d'abord une "erreur factuelle" dans une des déclarations présentées à l'appui de la constatation du Groupe spécial sur l'aboutissement de la dernière étape de la filière pour les pommes.[422] Le Japon met en évidence la déclaration suivante du Groupe spécial:

> Nous notons que les expériences visant à reproduire les conditions applicables aux pommes jetées n'ont montré aucune contamination visible, même lorsque la présence d'un exsudat était signalée.[423] (note de bas de page omise)

Selon le Japon, les expériences mentionnées par le Groupe spécial portaient sur des pommes inoculées et non sur des pommes naturellement infectées. Le Japon avance que la présence d'un exsudat n'a pas été signalée dans les pommes inoculées.[424] De l'avis du Japon, par conséquent, la déclaration susmentionnée est une description erronée des études scientifiques de base.[425]

224. Nous faisons observer que le Groupe spécial a fait cette déclaration à l'appui de sa constatation de fait selon laquelle il n'a pas été établi, au moyen de preuves scientifiques suffisantes, qu'il était probable que la dernière étape de la filière (c'est-à-dire la transmission du feu bactérien par

---

[420] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 159, citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

[421] Rapport de l'Organe d'appel *CE - Linge de lit (article 21:5 - Inde)*, paragraphe 170; rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Acier au carbone*, paragraphe 142, citant le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Gluten de froment*, paragraphe 151.

[422] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 52.

[423] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.166.

[424] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 52.

[425] *Ibid.*

les pommes importées à une plante hôte) soit franchie.[426] Le Groupe spécial a également formulé cette constatation de fait dans les termes suivants:

> [à] supposer qu'[une situation où il y aurait des pommes infectées ou infestées] se produise, l'entrée, l'établissement ou la dissémination de la maladie du fait de la présence des bactéries dans ou sur les fruits nécessiterait l'aboutissement d'une suite d'événements supplémentaires, qui est jugé improbable et qui n'a même pas été établi expérimentalement à ce jour.[427]

En plus des études citées par le Groupe spécial, dont le Japon conteste la description, le Groupe spécial s'est référé aux preuves suivantes pour étayer cette constatation de fait: i) la "série de conditions cumulatives" identifiée par les experts pour que la filière soit suivie jusqu'au bout[428]; ii) l'observation des experts selon laquelle la contamination par les oiseaux n'avait pas été établie[429]; iii) dans la mesure où les experts avaient constaté que "la contamination sur une courte distance" était possible par la pluie ou les abeilles, cette constatation "[concernait] une contamination au stade de la floraison et non … une contamination par les fruits"[430]; et iv) "[l]es preuves [que le Japon] a présentées sont essentiellement de nature circonstancielle ou n'ont pas été jugées probantes par les experts".[431] À la lumière des autres éléments factuels sur lesquels le Groupe spécial s'est appuyé, y compris le fait qu'il a expressément examiné et écarté des preuves scientifiques présentées par le Japon, nous ne pouvons pas constater que le Groupe spécial a outrepassé les limites de sa "marge discrétionnaire"[432] en évaluant les preuves pertinentes portées à sa connaissance, pour remettre en question la constatation du Groupe spécial en rapport avec la dernière étape de la filière. En conséquence, le Japon n'a pas établi que le Groupe spécial ne respectait pas les obligations énoncées à l'article 11 de manière à justifier que nous empiétions sur une constatation de fait d'un groupe spécial.

B. *Preuves "centrées autour" des pommes mûres asymptomatiques*

225. Nous allons maintenant examiner l'aspect suivant de l'allégation formulée par le Japon au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord – à savoir que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de cet article en faisant des constatations qui visaient

---

[426] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.168.

[427] *Ibid.*, paragraphe 8.171 d).

[428] *Ibid.*, paragraphe 8.166, citant *ibid.*, les paragraphes 6.70 (M. Hayward) et 6.71 (M. Smith).

[429] *Ibid.*, paragraphe 8.166, citant les paragraphes 241 (M. Smith) et 263 (M. Geider) de l'annexe 3 dudit rapport.

[430] *Ibid.*, paragraphe 8.166.

[431] *Ibid.*, paragraphe 8.167.

[432] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Sardines*, paragraphe 299, citant le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 161.

l'aboutissement de la filière de transmission du feu bactérien par les pommes "infectées", parce que les preuves portées à la connaissance du Groupe spécial étaient "centrées autour" de la filière relative aux fruits mûrs asymptomatiques.[433] En d'autres termes, le Japon estime qu'il y a une absence de lien entre les preuves examinées par le Groupe spécial et ses constatations sur l'aboutissement de la dernière étape de la filière de transmission du feu bactérien.

226. Comme nous venons de le faire observer, le Groupe spécial a constaté qu'il serait improbable que la suite d'étapes supplémentaires nécessaires à l'aboutissement de la filière de transmission par les pommes à d'autres plantes hôtes se produise.[434] La constatation du Groupe spécial visait à la fois la filière relative aux pommes mûres asymptomatiques et la filière relative aux pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques. À notre avis, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en établissant cette constatation. Toutefois, le raisonnement du Groupe spécial n'était peut-être pas suffisamment explicite, de sorte que le Japon en a déduit que le Groupe spécial n'avait pas procédé à une évaluation objective des faits portés à sa connaissance concernant l'aboutissement de la dernière étape de la filière.

227. En particulier, il aurait peut-être été utile que le Groupe spécial soit plus précis au sujet de la portée de son analyse factuelle. Nous rappelons que le Groupe spécial a fait les constatations suivantes: i) l'infection des pommes mûres asymptomatiques n'a pas été établie; ii) la présence de bactéries endophytes dans les pommes mûres asymptomatiques n'est pas généralement établie; iii) la présence de bactéries épiphytes sur les pommes mûres asymptomatiques n'est pas exclue, mais est considérée comme étant extrêmement rare; et iv) l'infection ou l'infestation des pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques n'est pas contestée.[435] Ces constatations impliquent que dans l'analyse factuelle relative à l'aboutissement de la dernière étape de la filière en ce qui concerne les pommes mûres asymptomatiques, il n'est pas nécessaire d'inclure l'hypothèse de l'importation de pommes infectées au Japon, car, selon le Groupe spécial, "l'infection des pommes mûres asymptomatiques n'a pas été établie".[436] En revanche, l'analyse factuelle relative à l'aboutissement de la dernière étape de la filière en ce qui concerne les pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques, *doit* tenir compte de l'hypothèse de l'importation de pommes infectées au Japon, car, de l'avis du Groupe spécial, l'infection des pommes non mûres n'est pas contestée.

---

[433] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 51.

[434] *Supra*, paragraphe 224, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.171 d).

[435] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.171.

[436] *Ibid*., paragraphe 8.171 a).

228. Le Groupe spécial aurait pu aussi être plus précis au sujet des responsabilités respectives des parties s'agissant d'apporter la preuve d'un fait. Pour ce qui est des éléments *prima facie* dont ils devaient établir l'existence, les États-Unis ont formulé des allégations de fait selon lesquelles la dernière étape de la filière ne serait pas franchie en ce qui concerne les pommes mûres asymptomatiques.[437] Il appartenait aux États-Unis de prouver ces allégations de fait en raison du principe énoncé dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine* selon lequel "il appartient à la partie qui affirme un fait ... d'en apporter la preuve".[438] Pour sa part, le Japon, dans le contexte de ses tentatives de repousser la thèse présentée par les États-Unis, a formulé des allégations de fait relatives à l'aboutissement de la dernière étape de la filière en ce qui concerne les pommes infectées.[439] Étant donné la constatation de fait du Groupe spécial selon laquelle il est improbable que les pommes mûres asymptomatiques soient infectées, on peut raisonnablement supposer que toutes pommes infectées exportées vers le Japon seraient des pommes autres que des pommes mûres asymptomatiques. En vertu du principe énoncé dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, il incombait donc au Japon, et non aux États-Unis, d'apporter la preuve de ces allégations de fait concernant les pommes infectées.

229. Ayant dit que le Groupe spécial aurait pu être plus clair sur ces deux aspects de son raisonnement, nous ne sommes néanmoins pas d'accord avec le Japon lorsqu'il dit que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord en faisant une constatation qui visait l'aboutissement de la filière de transmission du feu bactérien par les pommes "infectées", même si les preuves portées à la connaissance du Groupe spécial "étaient centrées autour" de la filière relative aux pommes mûres asymptomatiques.

230. Le Groupe spécial a souscrit à l'avis des États-Unis selon lequel, s'agissant des pommes mûres asymptomatiques, l'aboutissement de la dernière étape de la transmission du feu bactérien était improbable.[440] Le Groupe spécial s'est référé à divers éléments de preuve à l'appui de cette conclusion.[441] Les preuves identifiées portaient essentiellement sur les pommes mûres asymptomatiques et étayaient donc la constatation selon laquelle l'aboutissement de la dernière étape de la transmission du feu bactérien était improbable, dans la mesure où cette constatation concerne les pommes mûres asymptomatiques.

---

[437] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 4.82 d) et 4.83.

[438] Rapport de l'Organe d'appel, pages 15 et 16, DSR 1997:I, 323, page 335.

[439] Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 4.84.

[440] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.171.

[441] *Ibid*., paragraphe 8.166.

231. S'agissant des pommes autres que les pommes mûres asymptomatiques, le Groupe spécial a supposé, à juste titre, qu'il appartenait au Japon d'apporter la preuve de ses allégations de fait, à savoir que le feu bactérien pouvait être transmis par une pomme infectée à une plante hôte. Nous croyons comprendre que le Groupe spécial a traité ces allégations de fait du Japon lorsqu'il a dit ce qui suit: "[l]es preuves [que le Japon] a présentées sont essentiellement de nature circonstancielle ou n'ont pas été jugées probantes par les experts" et "le Japon n'a pas présenté de preuves scientifiques suffisantes à l'appui de son allégation selon laquelle la dernière étape de la filière avait été franchie ou le serait probablement".[442] Nous croyons comprendre que les conclusions du Groupe spécial visent les pommes infectées, puisque le Japon a formulé des allégations de fait et présenté des preuves au sujet de ces pommes.[443] En conséquence, nous ne voyons aucune absence de lien entre l'ensemble des preuves que le Groupe spécial a examinées et les constatations qu'il a formulées en ce qui concerne la dernière étape de la filière de transmission du feu bactérien. Nous sommes donc d'avis que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord.

C. *Déclarations des experts appelant à la prudence*

232. La troisième contestation formulée par le Japon au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord repose sur l'allégation selon laquelle le Groupe spécial n'a pas tenu compte de manière adéquate du "principe de précaution". Le Japon fonde cette contestation sur le fait que le Groupe spécial n'a pas tenu compte de "la nécessité de faire preuve de prudence soulignée par les experts" en ce qui concerne la mesure phytosanitaire visant à empêcher l'entrée du feu bactérien au Japon.[444] Sur la base de ce que le Japon pense être la reconnaissance par les experts du fait que le risque de dommage lié à l'introduction du feu bactérien entraîne la "nécessité, d'une manière générale, de faire preuve de prudence", il fait valoir que le Groupe spécial "aurait dû reconnaître le risque d'aboutissement de la filière à partir des pommes infectées".[445]

233. Dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a noté que le "principe de précaution" n'avait pas encore fait l'objet d'une "formulation faisant autorité" en dehors du droit international de l'environnement[446], mais qu'il restait pertinent dans le contexte de l'*Accord SPS*, en particulier tel qu'il

[442] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.167.

[443] *Ibid*., paragraphe 4.84.

[444] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 64 et 70.

[445] *Ibid*., paragraphes 68 et 69.

[446] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 123.

était reconnu dans certaines dispositions de cet accord.[447] Toutefois, l'Organe d'appel a constaté que le "principe de précaution" ne relevait pas les Membres de leurs obligations dans le cadre de l'OMC et, en tant que tel, ne "l'emport[ait] pas sur les dispositions de l'article 5:1 et 5:2 de l'*Accord SPS*".[448]

234. Le Japon ne fait pas valoir que le Groupe spécial aurait dû appliquer le "principe de précaution" en tant que principe séparé et distinct des dispositions de l'*Accord SPS*. Il ne fait pas non plus valoir que le "principe de précaution" aurait dû être employé par le Groupe spécial dans le cadre de son analyse interprétative des prescriptions de l'*Accord SPS*. En fait, nous croyons comprendre que le Japon soutient que le "principe de précaution" était consacré dans les opinions des experts mettant en garde contre l'élimination des mesures sanitaires protégeant le Japon du feu bactérien, et que, par conséquent, "dans la conclusion du Groupe spécial sur l'aboutissement de la filière, il aurait fallu accorder davantage d'importance" à cette mise en garde.[449] L'argument du Japon vise donc uniquement l'examen par le Groupe spécial des preuves portées à sa connaissance.

235. Tout d'abord, nous notons que le Japon s'appuie essentiellement sur les déclarations de deux experts et sur le fait que les autres experts n'ont pas formulé d'objection à ces opinions.[450] Le premier expert cité par le Japon a fait observer ce qui suit:

> ... lorsque le système phytosanitaire est modifié, les modifications doivent être mises en œuvre dans des circonstances permettant de conserver un certain contrôle sur les événements et l'on ne doit pas *éliminer complètement ce contrôle*.[451] (pas d'italique dans l'original)

Le deuxième expert cité par le Japon a fait observer ce qui suit:

> [U]ne décision d'*éliminer la plupart des restrictions* à l'importation des pommes en provenance de pays touchés par le feu bactérien devrait tenir compte du fait que la production japonaise de pommes est une activité extrêmement sophistiquée faisant suite à une demande de pommes de haute qualité. L'importation au Japon de pommes de toutes catégories de qualité comme des pommes de qualité inférieure à bas prix pourrait compromettre le contrôle des problèmes phytosanitaires même si le risque de voir le feu bactérien

[447] *Ibid*., paragraphe 124.

[448] Rapport de l'Organe d'appel, paragraphe 125.

[449] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 69.

[450] *Ibid*., paragraphes 67 et 68.

[451] *Ibid*., paragraphe 67, citant l'Annexe 3 du rapport du Groupe spécial, paragraphe 423 (M. Smith).

> se répandre en même temps que les pommes était réduit.[452] (pas d'italique dans l'original)

236. Les préoccupations exposées par ces experts concernent donc les conséquences liées à l'élimination de *la totalité* ou de *la plupart* des mesures de contrôle des importations, allant de pair avec l'importation de pommes de qualité médiocre. Ces préoccupations n'évoquent *pas* le point de savoir si la filière de transmission du feu bactérien pourrait être suivie jusqu'au bout. En fait, les mêmes experts cités par le Japon comme préconisant une approche prudente[453], MM. Ian Smith et Klaus Geider, ont également exprimé devant le Groupe spécial l'opinion que l'aboutissement de la filière était improbable.[454] Il est donc difficile de voir en quoi la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'aboutissement de la dernière étape de la filière pour les pommes (qu'elles soient "mûres asymptomatiques" ou autres) serait improbable, est nécessairement incompatible avec la prudence recommandée par les experts ou affaiblie par cette recommandation.

237. En outre, le Groupe spécial lui-même a fait référence à l'appel à la prudence formulé par les experts:

> [N]ous notons ... que, même si les preuves scientifiques dont nous disposons montrent qu'il est très improbable que les pommes constituent une filière permettant l'entrée, l'établissement et la dissémination du feu bactérien au Japon, elles indiquent qu'un léger risque de contamination ne peut pas être totalement exclu. .... [A]ucun des experts n'était favorable à l'idée de supprimer "d'un seul coup" tous les contrôles phytosanitaires, compte tenu du caractère insulaire et du climat du Japon.[455] (note de bas de page omise)

À ce titre, contrairement à ce qu'affirme le Japon, le Groupe spécial a bien explicitement "[tenu] compte"[456] des déclarations des experts appelant à la prudence, mais a compris à juste titre que ces déclarations portaient essentiellement sur une question différente de celle de la probabilité de l'aboutissement de la dernière étape de la filière de transmission du feu bactérien par les pommes. En conséquence, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en refusant de "reconnaître le risque

---

[452] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 67, citant la réponse écrite de M. Geider aux questions posées par le Groupe spécial, 10 décembre 2002, page 8. Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.175.

[453] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 67.

[454] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 6.71, et paragraphes 241 (M. Smith) et 263 (M. Geider) de l'Annexe 3 dudit rapport.

[455] *Ibid*., paragraphe 8.173, citant les paragraphes 386, 389, 409, 411, 413, 414, 419, 423, 424, 426, et 429 de l'Annexe 3 dudit rapport.

[456] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 70.

d'aboutissement de la filière à partir des pommes infectées"[457] sur la base des déclarations des experts appelant à la prudence.

238. En tout état de cause, nous notons que le Japon conteste essentiellement l'appréciation des preuves par le Groupe spécial, et en particulier, son appréciation des recommandations de prudence formulées par les experts. Comme le Japon l'indique dans sa communication en tant qu'appelant, "[d]ans la conclusion du Groupe spécial sur l'aboutissement de la filière, il *aurait fallu accorder davantage d'importance* à l'incidence de ces recommandations de prudence scientifique, figurant manifestement dans le dossier.[458] Dans les affaires *CE – Sardines* et *CE – Hormones*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit:

> [l]a question de la crédibilité d'un élément de preuve donné et de l'importance à lui accorder (c'est-à-dire l'appréciation dudit élément de preuve) fait partie intégrante du processus d'établissement des faits et est laissée, en principe, à la discrétion d'un groupe spécial, à qui il appartient de juger les faits.[459]

Bien que le pouvoir discrétionnaire d'un groupe spécial soit nécessairement limité par son devoir de procéder à une évaluation objective des faits de la cause, le Japon n'a présenté aucun argument contestant l'objectivité de l'évaluation faite par le Groupe spécial. Par conséquent, à notre avis, même si le Groupe spécial n'a pas accordé autant d'importance que le Japon l'aurait souhaité aux déclarations des experts appelant à la prudence en ce qui concerne les modifications de la mesure phytosanitaire du Japon, le Japon n'a pas établi que, ce faisant, le Groupe spécial avait outrepassé les limites du pouvoir discrétionnaire dont il disposait pour juger les faits.

D. *Aboutissement de la filière et "risque théorique"*

239. La dernière allégation formulée par le Japon au titre de l'article 11 porte sur une incompatibilité dans l'établissement des faits par le Groupe spécial qui rend son analyse de la filière de transmission du feu bactérien par les pommes incompatible avec son obligation de procéder à une "évaluation objective des faits de la cause". Le Groupe spécial a noté qu'"aucun des experts n'était favorable à l'idée de supprimer "d'un seul coup" tous les contrôles phytosanitaires, compte tenu du

---

[457] *Ibid*., paragraphe 69.

[458] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 69. (pas d'italique dans l'original; note de bas de page omise)

[459] Rapport de l'Organe d'appel, *CE – Sardines*, paragraphe 300; rapport de l'Organe d'appel, *CE - Hormones*, paragraphe 132.

caractère insulaire et du climat du Japon".[460] Les États-Unis avaient fait valoir que la prudence des experts à cet égard équivalait à un "risque théorique", lequel, comme l'Organe d'appel l'a fait observer dans l'affaire *CE – Hormones*, n'était pas censé faire l'objet d'une évaluation des risques au titre de l'*Accord SPS*.[461] Le Groupe spécial a exprimé son désaccord avec les États-Unis en disant ce qui suit:

> Nous ne partageons pas l'avis des États-Unis selon lequel la prudence scientifique manifestée par les experts devrait être entièrement assimilée à un "risque théorique" au sens donné à ces termes par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*. Par contre, nous ne pouvons que noter que le Japon n'a pas présenté des "preuves scientifiques suffisantes" à l'appui de son allégation selon laquelle la filière pouvait être suivie jusqu'au bout.[462]

Le Japon soutient que le rejet par le Groupe spécial de l'argument des États-Unis selon lequel la prudence des experts constituait un ""risque théorique" implique que le risque lié aux pommes infectées est *réel* et que toute la filière pourrait être suivie jusqu'au bout".[463] En tant que telle, de l'avis du Japon, cette constatation implicite est incompatible avec la constatation finale du Groupe spécial selon laquelle il était improbable que la filière à partir des pommes soit suivie jusqu'au bout.[464]

240. Le Groupe spécial a formulé la constatation de fait selon laquelle "les preuves scientifiques indiquent que le risque de transmission du feu bactérien par les pommes est négligeable".[465] Sur la base de cette constatation de fait, le Groupe spécial a conclu que la mesure était "manifestement disproportionnée au risque identifié"[466] et, par conséquent, que la mesure était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes. La conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure est maintenue sans preuves scientifiques suffisantes repose sur la constatation de fait indiquant que "le risque de transmission du feu bactérien par les pommes est négligeable"[467]; elle n'a aucun rapport avec le rejet par le Groupe spécial de l'argument des États-Unis selon lequel la prudence des experts constituait un "risque théorique".

---

[460] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.173, citant l'Annexe 3 dudit rapport, paragraphe 419, et citant en référence les paragraphes 386, 389, 409, 411, 413, 414, 423, 424, 426 et 429 de cette annexe.

[461] *Ibid*., paragraphe 8.175.

[462] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.173, citant l'Annexe 3 dudit rapport, paragraphe 419, et citant en référence les paragraphes 386, 389, 409, 411, 413, 414, 423, 424, 426 et 429 de cette annexe.

[463] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 61 (italique dans l'original), citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.175.

[464] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphes 60 et 61.

[465] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.169.

[466] *Ibid*., paragraphe 8.198.

[467] *Ibid*., paragraphe 8.169.

241. Les observations formulées par le Groupe spécial en réponse à l'argument des États-Unis concernant le "risque théorique" devraient être considérées dans leur contexte approprié. Dans l'affaire *CE – Hormones*, l'Organe d'appel s'est référé à la notion d'"incertitude théorique" dans le contexte de l'article 5:1 de *l'Accord SPS*. L'Organe d'appel a indiqué que l'article 5:1 ne visait pas l'incertitude théorique, c'est-à-dire, "l'incertitude qui subsiste toujours sur le plan théorique puisque la science ne peut *jamais* offrir la certitude *absolue* qu'une substance donnée n'aura *jamais* d'effet négatif sur la santé".[468] Nous croyons comprendre que la "prudence scientifique" manifestée par les experts en l'espèce concernait les risques qui pourraient découler de modifications radicales du système actuel de contrôles phytosanitaires du Japon, compte tenu du caractère insulaire et du climat de ce pays.[469] La prudence scientifique manifestée par les experts ne concernait pas l'"incertitude théorique" qui est inhérente à la méthode scientifique et qui résulte des limites intrinsèques des expériences, méthodologies ou instruments dont se servent les scientifiques pour expliquer un phénomène donné. Par conséquent, nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel la prudence scientifique manifestée par les experts ne devrait pas être "entièrement assimilée" à l'"incertitude théorique" que l'Organe d'appel a examinée dans l'affaire *CE – Hormones* en considérant qu'elle n'entrait pas dans le cadre des risques devant être traités par des mesures soumises à *l'Accord SPS*. Néanmoins, contrairement à ce que le Japon croit comprendre, cette prudence scientifique n'affaiblit pas la constatation du caractère négligeable du risque d'une transmission possible du feu bactérien par les pommes: en effet, la prudence scientifique des experts concerne une question différente, à savoir, le scénario hypothétique de modifications futures du cadre réglementaire du Japon.[470] En conséquence, nous ne partageons pas l'avis du Japon selon lequel le rejet par le Groupe spécial de l'argument des États-Unis sur le ""risque théorique" implique que le risque lié aux pommes infectées est *réel* et que toute la filière pourrait être suivie jusqu'au bout".[471] À notre avis, le Groupe spécial, en rejetant l'argument des États-Unis sur le "risque théorique", tout en constatant parallèlement que le risque de

---

[468] Rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 186. (italique dans l'original)

[469] Nous trouvons des éléments à l'appui de cette interprétation de la "prudence scientifique" dans les références faites par le Groupe spécial aux avis des experts sur la suppression des contrôles, références qui précèdent immédiatement la constatation du Groupe spécial selon laquelle la "prudence scientifique" des experts ne pouvait pas être "entièrement assimilée" à un "risque théorique". (Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.173 et 8.174) Ces déclarations des experts sont donc les mêmes que celles sur lesquelles le Japon a mis l'accent dans notre discussion antérieure en tant que déclarations appelant à la prudence auxquelles il aurait fallu accorder davantage d'importance dans l'analyse du Groupe spécial. (Voir *supra*, les paragraphes 235 et 236)

[470] Nous n'exprimons aucun avis sur les modifications de la mesure phytosanitaire du Japon qui pourraient être nécessaires pour la mettre en conformité avec les obligations du Japon dans le cadre de l'OMC ni n'abordons quelque autre question que ce soit concernant les moyens de mise en œuvre des décisions et recommandations que l'ORD pourrait adopter en l'espèce.

[471] Communication du Japon en tant qu'appelant, paragraphe 61. (italique dans l'original)

transmission du feu bactérien par les pommes est "négligeable"[472], n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord.

242. Nous constatons donc que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en ce qui concerne son analyse de l'allégation formulée par les États-Unis au titre de l'article 2:2 de *l'Accord SPS*.

XI. Constatations et conclusions

243. Pour les raisons exposées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

a) constate que le Groupe spécial avait le "pouvoir" de faire des constatations et de tirer des conclusions concernant toutes les pommes en provenance des États-Unis, y compris les pommes non mûres;

b) confirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.199 et 9.1 a) de son rapport, selon lesquelles la mesure phytosanitaire du Japon en cause est maintenue "sans preuves scientifiques suffisantes" au sens de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*;

c) confirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.222 et 9.1 b) de son rapport, selon lesquelles la mesure phytosanitaire du Japon en cause n'était pas imposée relativement à une situation "où les preuves scientifiques pertinentes [étaient] insuffisantes" et, par conséquent, selon lesquelles il ne s'agit pas d'une mesure provisoire justifiée au titre de l'article 5:7 de l'*Accord SPS*;

d) confirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.271, 8.285 et 8.290 de son rapport, selon lesquelles l'analyse du risque sanitaire de 1999 faite par le Japon ne répond pas à la définition de l'"évaluation des risques" figurant au paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS* parce qu'elle i) ne permet pas "d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination" de la maladie des végétaux en question et ii) ne permet pas d'effectuer une telle évaluation "en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées". En conséquence, l'Organe d'appel confirme les constatations formulées par le Groupe spécial aux paragraphes 8.291 et 9.1 c) de son rapport, selon lesquelles la mesure phytosanitaire

[472] Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.169.

du Japon en cause n'est pas "établie sur la base" d'une évaluation des risques, comme l'exige l'article 5:1 de l'*Accord SPS*;

e) constate que le Groupe spécial n'a pas agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord, en ce qui concerne son analyse de l'allégation formulée par les États-Unis au titre de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*; et

f) constate que la question du respect de l'article 11 du Mémorandum d'accord par le Groupe spécial, en ce qui concerne son analyse de l'allégation formulée par les États-Unis au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, n'a pas été soulevée par le Japon dans sa déclaration d'appel et n'est donc pas soumise à bon droit à l'Organe d'appel dans le présent appel. En conséquence, l'Organe d'appel ne se prononce pas sur cette question.

244. L'Organe d'appel recommande donc que l'Organe de règlement des différends demande au Japon de rendre sa mesure, dont il a été constaté dans le présent rapport, et dans le rapport du Groupe spécial, confirmé par le présent rapport, qu'elle était incompatible avec ses obligations au titre de l'*Accord SPS*, conforme audit accord.

Texte original signé à Genève le 11 novembre 2003 par:

_____

John Lockhart
Président de la section

_____ _____

Luiz Olavo Baptista
Membre

Giorgio Sacerdoti
Membre

ANNEXE A

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE

WT/DS245/5
28 août 2003

(03-4543)

Original: anglais

JAPON – MESURES VISANT L'IMPORTATION DE POMMES

Notification d'un appel du Japon présentée conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends

La notification ci-après, datée du 28 août 2003, adressée par le Japon à l'Organe de règlement de différends (l'"ORD"), est distribuée aux Membres. Elle constitue aussi la déclaration d'appel, déposée le même jour auprès de l'Organe d'appel, conformément aux *Procédures de travail pour l'examen en appel*.

Conformément à l'article 16 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord") et à la règle 20 des Procédures de travail pour l'examen en appel, le Japon notifie sa décision de faire appel, auprès de l'Organe d'appel, de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial Japon – Mesures visant l'importation de pommes (WT/DS/245/R, daté du 15 juillet 2003) et de certaines interprétations du droit données par celui-ci.

Le Japon demande que l'Organe d'appel examine les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles la mesure phytosanitaire appliquée par le Japon aux pommes des États-Unis est incompatible avec l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires ("Accord SPS"). Ces constatations sont erronées et sont fondées sur des constatations erronées relatives à des questions de droit et à des interprétations connexes du droit. L'appel porte sur les questions suivantes:

1. Le Groupe spécial a fait erreur en droit en constatant que le Japon avait agi d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 2:2 de l'Accord SPS. Cette constatation découle de l'interprétation erronée donnée par le Groupe spécial de la règle de la charge de la preuve et du fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord.

2. Le Groupe spécial a fait erreur en droit en constatant que la mesure phytosanitaire appliquée par le Japon était incompatible avec les prescriptions de l'article 5:7 de l'Accord SPS. Cette constatation est fondée sur une interprétation erronée des prescriptions de l'article 5:7.

3. Le Groupe spécial a fait erreur en droit en constatant que la mesure phytosanitaire appliquée par le Japon n'était pas établie sur la base d'une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 de l'Accord SPS. Cette constatation est fondée sur une interprétation erronée des prescriptions de l'article 5:1 relatives à une évaluation des risques.