

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS18/AB/R
20 octobre 1998

(98-4035)

Original: anglais

**AUSTRALIE – MESURES VISANT LES IMPORTATIONS
DE SAUMONS**

AB-1998-5

Rapport de l'Organe d'appel

I.	Introduction	1
II.	Arguments des participants et des participants tiers.....	5
	A. <i>Australie - Appellant</i>	5
	1. Mandat.....	5
	2. Charge de la preuve	6
	3. Évaluation objective de la question.....	7
	4. Autres questions de procédure	7
	5. Article 5:1 de l'Accord SPS	8
	6. Article 5:5 de l'Accord SPS	9
	7. Article 5:6 de l'Accord SPS	11
	B. <i>Canada - Intimé</i>	12
	1. Mandat.....	12
	2. Charge de la preuve	13
	3. Évaluation objective de la question.....	14
	4. Autres questions de procédure	14
	5. Article 5:1 de l'Accord SPS	15
	6. Article 5:5 de l'Accord SPS	15
	7. Article 5:6 de l'Accord SPS	17
	C. <i>Canada - Intimé</i>	17
	1. Gamme de produits examinés	17
	2. Article 2:3 de l'Accord SPS	19
	D. <i>Australie - Intimé</i>	20
	1. Gamme de produits examinés	20
	2. Article 2:3 de l'Accord SPS	20
	E. <i>Arguments des participants tiers</i>	21
	1. Communautés européennes	21
	2. Inde	23
	3. Norvège	24
	4. États-Unis	25
III.	Questions soulevées dans le présent appel.....	27
IV.	Mandat.....	28
	A. <i>La mesure et le produit en cause</i>	28
	B. <i>Article 6 de l'Accord SPS</i>	35
V.	L'Accord SPS.....	37
	A. <i>Observation préliminaire</i>	37
	B. <i>Article 5:1 de l'Accord SPS</i>	38

C.	<i>Article 5:5 de l'Accord SPS</i>	48
1.	Premier élément de l'article 5:5	49
2.	Deuxième élément de l'article 5:5.....	53
3.	Troisième élément de l'article 5:5.....	55
D.	<i>Article 5:6 de l'Accord SPS</i>	61
E.	<i>Paragraphe 5 et 6 de l'article 5 de l'Accord SPS concernant les autres saumons canadiens</i>	72
1.	Principe d'économie jurisprudentielle	74
2.	Article 5:5	76
3.	Article 5:6	80
F.	<i>Article 2:3 de l'Accord SPS</i>	81
VI.	Questions de procédure.....	85
A.	<i>Charge de la preuve</i>	85
B.	<i>Évaluation objective de la question</i>	87
C.	<i>Acceptation et examen de certains éléments de preuve</i>	89
D.	<i>Droit de réponse</i>	90
VII.	Constatations et conclusions	92

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

Australie – Mesures visant les importations de saumons

Australie, *appellant/intimé*
Canada, *appellant/intimé*

Communautés européennes, Inde, Norvège et États-Unis, *participants tiers*

AB-1998-5

Présents:

Ehlermann, Président de la section
Beeby, membre
El-Naggar, membre

I. Introduction

1. L'Australie et le Canada font appel de certaines questions de droit et interprétations du droit qui figurent dans le rapport du Groupe *spécial Australie – Mesures visant les importations de saumons*.¹ Le Groupe spécial a été établi pour examiner une plainte formulée par le Canada au sujet de la prohibition imposée par l'Australie à l'importation de saumons frais, réfrigérés ou congelés en provenance du Canada, au titre de la Proclamation n° 86A relative à la quarantaine², datée du 19 février 1975, dans sa forme modifiée.

2. Avant que la Proclamation n° 86A ne soit promulguée le 30 juin 1975, l'Australie n'imposait aucune restriction à l'importation de produits à base de salmonidés. La Proclamation n° 86A "prohibe l'importation en Australie de poisson mort du sous-ordre des salmonidae, ou de toutes parties (autres que le sperme et les ovules) de poisson de ce sous-ordre, sous quelque forme que ce soit, sauf si: [...] préalablement à l'importation en Australie, le poisson ou les parties de poisson ont été soumis à un traitement qui, de l'avis du Directeur des services de quarantaine, empêcherait probablement l'introduction de toute maladie infectieuse ou contagieuse, ou maladie ou parasite frappant les personnes, les animaux, ou les végétaux". En application de la Proclamation n° 86A et conformément aux pouvoirs qui lui sont délégués aux termes de cette proclamation, le Directeur des services de quarantaine a autorisé l'importation à des fins commerciales de produits à base de saumon, traités thermiquement, destinés à la consommation humaine, ainsi que de quantités non commerciales d'autres saumons (principalement à des fins scientifiques) sous réserve des conditions prescrites.³ Le

¹ WT/DS18/R, 12 juin 1998.

² Proclamation n° 86A relative à la quarantaine, *Australian Government Gazette*, n° S33, 21 février 1975.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 2.16. S'agissant des exigences énoncées par le Directeur des services de quarantaine au sujet des importations de saumons, le Groupe spécial se réfère expressément aux documents suivants, entre autres:

Canada a demandé l'accès au marché australien pour les saumons frais, réfrigérés ou congelés, c'est-à-dire les saumons non cuits. L'Australie a procédé à une analyse des risques liés à l'importation de produits non cuits à base de salmonidés du Pacifique adultes, sauvages, pêchés en mer ("saumons du Pacifique pêchés en mer"). Cette catégorie de saumons est différente des autres catégories de saumons pour lesquelles le Canada demande l'accès au marché australien ("autres saumons canadiens").⁴ Les résultats de l'analyse des risques relatifs aux saumons du Pacifique pêchés en mer ont d'abord été publiés dans le projet de rapport de 1995⁵, qui a été révisé en mai 1996⁶ avant d'être parachevé en décembre 1996 (le "Rapport final de 1996").⁷ Le Rapport final de 1996 renfermait la conclusion suivante:

... il est recommandé que les mesures de quarantaine actuellement appliquées aux produits à base de saumons non cuits restent en vigueur.⁸

Se fondant sur le Rapport final de 1996, le Directeur des services de quarantaine a décidé ce qui suit, le 13 décembre 1996:

... eu égard à la politique du gouvernement australien relative à la quarantaine et en tenant compte des obligations internationales de l'Australie, l'importation de produits non cuits à base de salmonidés du Pacifique adultes, sauvages, pêchés en mer, en provenance des

-
- *Directives pour l'importation de saumons et de truites fumés en Australie*, Circulaire n° 82/83, datée du 25 juillet 1983, du responsable des services de quarantaine (animaux), (les "Directives de 1983");
 - *Conditions d'importation de la chair et des œufs et laitances de salmonidés en Australie*, Circulaire n° 166/88, datée du 9 juin 1988, du responsable des services de quarantaine (animaux), (les "Conditions de 1988")
 - *Prescriptions applicables à l'importation de chair de salmonidés fumée en lots individuels*, Avis n° 1996/022 relatif à l'application de la quarantaine du Service australien de quarantaine et d'inspection ("AQIS"), daté du 24 janvier 1996, (les "Prescriptions de 1996").

⁴ C'est-à-dire: le saumon du Pacifique, adulte, sauvage, pêché en eau douce; le saumon du Pacifique, adulte, élevé en eau de mer sur la côte pacifique; le saumon de l'Atlantique, adulte, élevé en eau de mer sur la côte pacifique; et le saumon de l'Atlantique, adulte, élevé en eau de mer sur la côte atlantique.

⁵ AQIS, *Analyse des risques liés à l'importation – Risques de maladie liés à l'importation de produits non cuits à base de saumons sauvages, pêchés dans le Pacifique, en provenance des États-Unis ou du Canada*, projet, mai 1995.

⁶ AQIS, *Évaluation par le gouvernement australien des contrôles de quarantaine des produits non cuits à base de salmonidés du Pacifique sauvages, pêchés en mer, en provenance des États-Unis d'Amérique ou du Canada*, projet révisé, mai 1996.

⁷ Département des industries primaires et de l'énergie, *Analyse des risques liés à l'importation de saumons - Évaluation par le gouvernement australien des contrôles de quarantaine des produits non cuits à base de salmonidés du Pacifique adultes, sauvages, pêchés en mer, en provenance des États-Unis d'Amérique ou du Canada*, Rapport final, décembre 1996.

⁸ Rapport final, page 70.

pays d'Amérique du Nord riverains du Pacifique ne sera pas autorisée pour des motifs sanitaires.⁹

Les éléments factuels pertinents de ce différend sont exposés plus en détail dans le rapport du Groupe spécial, en particulier dans les paragraphes 2.1 à 2.30 ainsi que dans les paragraphes 6.1 à 6.157 et dans l'annexe 2, où il est question de la consultation d'experts scientifiques par le Groupe spécial.

3. Le Rapport du Groupe spécial a été distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 12 juin 1998. Le Groupe spécial a constaté que l'Australie avait agi de manière incompatible avec les paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5 et, par implication, avec les paragraphes 2 et 3 de l'article 2 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* (l'"*Accord SPS*"). Le Groupe spécial est parvenu aux conclusions suivantes au paragraphe 9.1 de son rapport:

i) L'Australie, en maintenant une mesure sanitaire qui n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques, a agi (à la fois pour autant que la mesure s'applique aux produits à base de saumon en cause provenant de saumons du Pacifique, adultes, sauvages, pêchés en mer, et aux autres catégories de produits à base de saumon faisant l'objet du différend), de façon incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 5:1 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* et a, en conséquence, agi aussi de façon incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 2:2 de cet accord;

ii) L'Australie, en adoptant des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection sanitaire qu'elle considère appropriés dans des situations différentes (concernant d'une part les produits à base de saumon en cause provenant de saumons du Pacifique, adultes, sauvages, pêchés en mer et, d'autre part, les harengs entiers congelés devant être utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants), qui entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international, a agi de façon incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 5:5 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* et a, en conséquence, agi aussi de façon incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 2:3 de cet accord;

iii) L'Australie, en maintenant une mesure sanitaire (relative aux produits à base de saumon en cause provenant de saumons du Pacifique, adultes, sauvages, pêchés en mer) qui est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire qu'elle juge

⁹ AQIS, Note de Paul Hickey, Directeur exécutif, 13 décembre 1996, (la "Décision de 1996").

approprié, a agi de façon incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 5:6 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires.

Puisque l'article 3:8 du Mémorandum d'accord dispose que "[d]ans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage", nous concluons que, dans la mesure où l'Australie a agi de façon incompatible avec l'Accord SPS, elle a annulé ou compromis les avantages résultant de l'Accord SPS pour le Canada.

Au paragraphe 9.2 de son rapport, le Groupe spécial a fait la recommandation suivante:

Nous *recommandons* que l'Organe de règlement des différends demande à l'Australie de mettre sa mesure faisant l'objet du différend en conformité avec ses obligations au regard de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires.

4. Le 22 juillet 1998, l'Australie a notifié à l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") sa décision de faire appel au sujet de certaines questions de droit couvertes dans le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord"), et déposé une déclaration d'appel¹⁰ auprès de l'Organe d'appel, conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*"). Le 3 août 1998, l'Australie a déposé une communication en tant qu'appelant.¹¹ Le 6 août 1998, le Canada a également déposé une communication en tant qu'appelant.¹² Le 14 août 1998, l'Australie¹³ et le Canada¹⁴ ont déposé des communications en tant qu'intimés. Le même jour, les Communautés européennes, les États-Unis, l'Inde et la Norvège ont déposé des communications distinctes en tant que participants tiers.¹⁵

5. L'audience en appel a eu lieu les 21 et 22 août 1998. Les participants et les participants tiers ont présenté leurs arguments oralement et répondu aux questions qui leur ont été posées par les membres de la section connaissant de l'appel.

¹⁰ WT/DS18/5, 22 juillet 1998.

¹¹ Conformément à la règle 21(1) des *Procédures de travail*.

¹² Conformément à la règle 23(1) des *Procédures de travail*.

¹³ Conformément à la règle 22 des *Procédures de travail*.

¹⁴ Conformément à la règle 23(3) des *Procédures de travail*.

¹⁵ Conformément à la règle 24 des *Procédures de travail*.

II. Arguments des participants et des participants tiers

A. *Australie – Appellant*

1. Mandat

6. L'Australie soutient que, dans la mesure où la demande d'établissement d'un groupe spécial ne renfermait aucun renseignement concernant les mesures spécifiques qui pouvaient être en cause, si ce n'est une allégation de nature générale voulant que les mesures comprennent la Proclamation n° 86A, l'Australie ignorait les "allégations de fait spécifiques relatives à l'indication des mesures en cause". Étant donné que la Proclamation n° 86A s'applique à tous les produits à base de salmonidés, y compris les saumons et les truites vivants, frais, réfrigérés, congelés, fumés ou en conserve, la demande d'établissement d'un groupe spécial n'indiquait pas les mesures spécifiques qui pouvaient être en cause. Selon l'Australie, le Canada "n'a pas donné de précisions" sur la mesure en cause dans sa première communication écrite, alors que l'Australie l'a fait dans sa première communication, en contestant l'allégation formulée par le Canada au sujet de la mesure et en affirmant que la mesure en cause *était* la Décision de décembre 1996 du Directeur des services de quarantaine. Comme les divergences entre les parties à ce sujet étaient évidentes dès le départ, l'Australie estime que le mandat du Groupe spécial obligeait celui-ci à examiner d'abord les allégations de fait antagoniques, car celles-ci pouvaient conduire autrement à des présomptions de fait erronées.

7. S'agissant d'une question qui intéresse davantage le fond, l'Australie prétend que le Groupe spécial a outrepassé son mandat en ce qui concerne "tant le produit visé que les mesures quaranténaires applicables à l'examen". Elle soutient que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en élargissant le cadre de son mandat au-delà d'une mesure sanitaire et phytosanitaire ("SPS") s'appliquant aux saumons frais, réfrigérés ou congelés pour que celui-ci englobe le traitement thermique, mesure SPS qui ne s'applique qu'aux saumons fumés. L'Australie soutient que le Groupe spécial a raisonné d'une manière qui "laisse sérieusement à désirer" en décrivant la mesure quarantenaire qui s'applique aux saumons fumés comme l'aspect sanitaire d'une mesure commerciale qui s'applique aux saumons frais, réfrigérés ou congelés ("le revers d'une même médaille"). Selon l'Australie, la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés n'est pas une conséquence de l'exigence voulant que le saumon fumé soit traité thermiquement. L'Australie souligne que le saumon fumé d'une part, et le saumon frais, réfrigéré ou congelé d'autre part, sont des produits différents et que les mesures quaranténaires applicables aux uns et aux autres ne sont pas les deux côtés d'une même médaille.

8. L'Australie soutient en outre que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en élargissant la portée de l'examen prévu aux termes de son mandat aux produits à base de salmonidés traités thermiquement. L'Australie reconnaît que le Groupe spécial a indiqué explicitement que les

produits traités thermiquement débordaient le cadre du présent différend mais, "lorsque le moment est venu d'examiner la compatibilité de "la mesure" avec les dispositions de l'article 5:1 [de l'*Accord SPS*], il semble néanmoins avoir décidé que son mandat englobait toutes les formes de produits transformés à partir du produit "de départ", à savoir le saumon frais". Comme l'ont confirmé les experts qui ont conseillé le Groupe spécial, le saumon frais, réfrigéré ou congelé n'est pas le même produit que le saumon (fumé) traité thermiquement. En Australie, la classification tarifaire de ces produits est différente. Bien que l'intitulé des Conditions de 1998 – "Conditions d'importation de la chair et des œufs et laitances de salmonidés en Australie" – soit "large en apparence", l'Australie affirme que les dispositions de fond des Conditions de 1988 ayant trait au traitement thermique sont "visiblement ciblées plus étroitement" en ce qui concerne les produits visés et qu'elles ne s'appliquent qu'aux saumons fumés et aux œufs et laitances de saumon. Selon l'Australie, cela était démontré par les données de fait communiquées au Groupe spécial.

9. L'Australie reproche aussi au Groupe spécial d'avoir outrepassé son mandat en élargissant son examen de l'article 5 de l'*Accord SPS* à l'article 6 de cet accord. L'Australie prétend que le Groupe spécial "a laissé planer un "doute" au sujet de la "rigueur" de l'approche qu'elle a retenue en ce qui concerne les mesures de contrôle applicables au transport intérieur de produits à base de saumon" en raison d'"une référence induite" à l'article 6. Pour l'Australie, cela "donne à penser que le "doute" du Groupe spécial reposait sur une constatation implicite d'incompatibilité avec l'article 6", disposition qui ne faisait pas partie de son mandat.

2. Charge de la preuve

10. L'Australie affirme que le Groupe spécial n'a pas apprécié correctement, lorsqu'il a examiné les éléments de preuve dont il disposait, la question de savoir si le Canada s'était acquitté de la charge de la preuve en ce qui concerne les paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5 de l'*Accord SPS*. En particulier, l'Australie soutient que le Canada n'a pas établi de présomption simple concernant les allégations suivantes: que la mesure SPS en cause n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques; que les différentes situations examinées par le Groupe spécial sont comparables sur le plan scientifique; que la mesure SPS n'est pas justifiée; qu'il existe une relation de cause à effet entre la distinction arbitraire ou injustifiable dans les niveaux de protection sanitaire et la discrimination qui en résulte ou la restriction déguisée au commerce international; qu'il existe d'autres mesures économiquement et techniquement faisables; et qu'au moins l'une de ces autres mesures aurait permis à l'Australie d'obtenir un niveau de protection approprié.

11. L'Australie soutient que le Groupe spécial n'a pas exigé du Canada des données scientifiques directement pertinentes à l'appui des assertions que celui-ci a avancées et qu'il a ainsi créé un déséquilibre entre les critères de preuve imposés à la partie plaignante et ceux imposés à la partie

défenderesse. Selon l'Australie, bien que le Groupe spécial ait retenu "en apparence" l'interprétation donnée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)* ("*Communautés européennes – Hormones*")¹⁶, il n'a pas suivi, en matière d'interprétation, l'orientation retenue dans les rapports du Groupe spécial chargé de cette affaire.¹⁷ Il s'en est tenu, pour l'*Accord SPS*, à une approche conceptuelle modelée sur l'article III et l'article XX du GATT de 1994 en ce qui concerne la façon dont il a interprété les dispositions des paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5 et, par association, celles des paragraphes 2 et 3 de l'article 2, cela jusque dans la manière dont il a réparti la charge de la preuve.

3. Évaluation objective de la question

12. L'Australie soutient qu'un corollaire de l'exigence voulant qu'un commencement de preuve soit apporté est qu'un groupe spécial n'entreprenne pas un examen *de novo* et qu'un groupe spécial devrait accorder la déférence voulue à certaines questions de fait exposées par les parties au différend. Le Groupe spécial était tenu, conformément à la jurisprudence de l'OMC et aux règles du droit international coutumier, d'accorder la déférence voulue à certains éléments de preuve qui lui avaient été présentés par l'Australie. Selon l'Australie, la transgression de cette obligation était manifeste dans la façon dont le Groupe spécial avait traité les questions suivantes: l'établissement par l'Australie du niveau de protection qu'elle jugeait approprié, la qualification par l'Australie du statut juridique et de l'application de ses mesures SPS, ainsi que les pratiques et les mécanismes internes d'évaluation des risques, y compris le rôle joué par les projets de rapports et les projets de recommandations au stade de la divulgation des résultats.

13. Selon l'Australie, le Groupe spécial a fait abstraction complètement ou en partie d'éléments de preuve pertinents qui lui avaient été communiqués, ou il a dénaturé les éléments de preuve d'une manière qui allait au-delà de la seule question du poids qu'il leur avait attribué, et qui constituait une erreur flagrante assimilable à une erreur de droit.

4. Autres questions de procédure

14. Le Groupe spécial avait informé l'Australie et le Canada que tous les éléments de preuve devaient être communiqués le 7 octobre 1997 au plus tard. Selon l'Australie, le Groupe spécial avait commis une erreur de droit en autorisant le Canada à présenter des éléments de preuve de nature scientifique jusqu'au 5 février 1998 et en s'appuyant sur quelques-uns de ces éléments de preuve pour parvenir à ses constatations. Ces éléments de preuve comprennent notamment deux versions de

¹⁶ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R.

¹⁷ Rapports adoptés le 13 février 1998, WT/DS26/R/USA et WT/DS48/R/CAN.

l'analyse des risques liés à l'importation effectuée par David Vose. L'Australie reproche en outre au Groupe spécial d'avoir pris en considération des éléments de preuve concernant l'effet du traitement thermique à basse température sur le développement d'agents pathogènes, dont le Canada avait fait mention dans l'exposé oral qu'il avait présenté à la deuxième réunion de fond avec le Groupe spécial, mais qui n'avaient jamais été communiqués.

15. L'Australie affirme que, lors de la deuxième réunion de fond, elle s'est vu refuser le droit par le Groupe spécial de présenter par écrit une communication formelle pour réfuter l'exposé oral du Canada, qui avait soulevé de nombreuses "questions nouvelles". L'octroi d'un délai d'une semaine pour présenter des observations écrites circonscrites à des questions spécifiques n'était pas suffisant pour traiter complètement les questions de fond soulevées dans l'exposé, suivant les délais prévus dans les procédures de travail figurant à l'appendice 3 du Mémoire d'accord.

5. Article 5:1 de l'Accord SPS

16. L'Australie prétend que la constatation de violation de l'article 5:1 établie par le Groupe spécial est profondément viciée puisqu'elle repose sur le fait que les risques liés à la prescription de traitement thermique n'ont pas été évalués, alors que cette mesure ne s'applique pas aux produits en cause et qu'elle ne fait donc pas partie du mandat du Groupe spécial.

17. L'Australie fait valoir que le Groupe spécial n'a pas interprété l'exigence voulant qu'une mesure soit établie sur la base d'une "évaluation des risques" suivant le sens ordinaire du terme "risques" pris dans son véritable contexte. Le terme "risques" doit être interprété selon le sens qui lui est donné dans les définitions qui figurent à l'annexe A de l'Accord SPS, telles qu'elles ont été interprétées par l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*. S'agissant plus précisément de l'affaire dont le Groupe spécial était saisi, l'Australie part du principe que le "risque" qui devait être évalué est le risque lié aux conséquences biologiques et économiques que pourraient avoir, pour les populations de salmonidés en Australie, l'entrée ou l'établissement de maladies liées aux produits en cause.

18. L'Australie prétend en outre que le Groupe spécial n'a pas interprété les obligations qui sont faites à l'article 5:1 dans leur juste contexte, notamment les articles 5:2 et 2:2 de l'Accord SPS. L'article 5:2 dispose que: "[d]ans l'évaluation des risques, les Membres tiendront compte ... des procédés et méthodes de production pertinents ...". À l'évidence, un procédé n'est "pertinent" que s'il est effectivement utilisé pour fabriquer le produit qui sera importé à l'état frais, réfrigéré ou congelé. Par conséquent, si un procédé prévu dans une "mesure" n'est pas un procédé pertinent pour ce qui est du saumon frais, réfrigéré ou congelé, les Membres de l'OMC ne sont pas tenus d'évaluer ce procédé. Selon l'Australie, aucune disposition de l'Accord SPS ne permet de conclure qu'une mesure, pour être

établie sur la base d'une évaluation des risques, requiert une évaluation des risques relatifs à un procédé qui n'est pas utilisé pour le produit en cause. Laisser entendre que la prohibition à l'importation de produits frais, réfrigérés ou congelés pourrait être établie sur la base d'une évaluation des risques relatifs au traitement thermique non seulement serait absurde, mais viderait de son sens l'expression établies sur la base telle qu'elle est utilisée à l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

6. Article 5:5 de l'*Accord SPS*

19. Selon l'Australie, le Groupe spécial a donné un sens inexact au terme "risques" en établissant qu'il existait des "situations différentes" et en constatant l'existence de "distinctions arbitraires ou injustifiables" dans les niveaux de protection appliqués dans ces situations différentes. Le Groupe spécial a ainsi fait fausse route en confinant son examen des "situations différentes" aux risques d'introduction d'agents pathogènes. Compte tenu de la définition donnée au paragraphe 4 de l'annexe A de l'*Accord SPS*, il *ne s'agit pas* d'examiner *soit* les risques d'entrée, d'établissement ou de dissémination, *soit* les risques liés aux conséquences biologiques et économiques en résultant, *mais* les risques d'entrée, d'établissement ou de dissémination de la maladie *et* les conséquences biologiques et économiques en résultant.

20. Selon l'Australie, la conclusion à laquelle est arrivé l'Organe d'appel dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, au sujet de la nécessité que des "situations différentes" au sens de l'article 5:5 "présentent un ou plusieurs éléments communs suffisants pour les rendre comparables", a été utilisée à mauvais escient par le Groupe spécial, puisque cette conclusion ne devrait pas être interprétée, comme ce fut le cas en l'espèce, pour justifier la non-prise en compte du libellé explicite de l'*Accord SPS*. L'Australie avance l'argument suivant: "Si l'article 5:5 était appliqué correctement dans le contexte du sens ordinaire des termes des paragraphes 1 et 4 de l'annexe A, il serait légitime de procéder à une comparaison si les risques d'entrée, d'établissement ou de dissémination d'une maladie et les conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter sont identiques ou similaires aux risques que présentent les 24 maladies." Selon l'Australie, il n'est pas nécessaire d'avoir les 24 maladies en commun; le point fondamental est que les risques – tels qu'ils sont définis dans l'*Accord SPS* – devraient être comparables.

21. L'Australie fait valoir en outre que le Groupe spécial a interprété à tort l'expression "entrée, établissement ou dissémination" comme signifiant "introduction" au sens d'"entrée", contrairement au libellé explicite des paragraphes 1 à 3 de l'article 5 et des paragraphes 1 et 4 de l'annexe A de l'*Accord SPS* et que, ce faisant, il n'a pas donné effet à tous les termes du traité. Cela a conduit le Groupe spécial à commettre une grave erreur de droit parce qu'il a négligé d'examiner les conséquences de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'une maladie.

22. Selon l'Australie, le Groupe spécial n'a pas établi qu'il y avait suffisamment d'éléments communs entre les conséquences biologiques et économiques qui découleraient pour les populations de salmonidés australiens de l'importation d'espèces de salmonidés et celles qui découleraient de l'importation d'autres animaux aquatiques d'espèces fort différentes. Le Groupe spécial n'a pas tenu compte des éléments de preuve et des avis scientifiques parce qu'ils étaient étrangers à l'examen réducteur qu'il a effectué, lequel l'a amené à se limiter à une "préoccupation" pour le milieu aquatique en général et à estimer qu'il y avait peut-être plus de risques liés à l'importation d'espèces autres que les salmonidés qu'on ne l'avait cru auparavant.

23. L'Australie affirme que le Groupe spécial, en établissant que son examen "des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection dans des situations différentes" devait être circonscrit exclusivement aux agents pathogènes dépistés de façon certaine, n'avait pas interprété ces termes dans leur juste contexte. Le Groupe spécial avait ainsi diminué le droit qu'avait l'Australie dans le cadre de l'OMC d'adopter une approche prudente pour déterminer son niveau de protection approprié. Le Groupe spécial n'avait donc pas respecté les dispositions des articles 3:2 et 19:2 du Mémoire d'accord.

24. L'Australie fait valoir que le Groupe spécial a utilisé à mauvais escient la conclusion qui figure au paragraphe 215 du rapport de l'Organe d'appel au sujet de l'affaire *Communautés européennes - Hormones* pour justifier son assimilation des distinctions arbitraires dans les niveaux de protection à un "signal d'alarme" en ce qui concerne le troisième critère applicable à l'article 5:5. Non seulement a-t-il fait fausse route en utilisant effectivement ce seul élément sous trois formes différentes pour trois de ses "signaux d'alarme" et "autres facteurs", mais il ne s'est pas contenté de l'utiliser comme "signal d'alarme" indiquant que ce "pourrait" être le cas et lui a attribué une valeur probante trop élevée et inconsidérée en l'incluant parmi les signaux et facteurs qui, "considérés de façon cumulative", établissent une présomption de violation.

25. L'Australie affirme qu'une constatation défavorable au titre de l'article 5:1 ne prouve pas qu'il existe une "restriction déguisée au commerce" résultant de distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection, aux termes de l'article 5:5, et qu'elle ne devrait pas présumer d'une constatation ou empêcher une constatation au titre de l'article 5:5. Une telle interprétation déchargerait la partie plaignante de l'obligation d'établir une présomption en ce qui concerne les trois éléments de l'article 5:5 et ne donnerait à la partie défenderesse aucune possibilité de réfutation. En outre, pareille interprétation ne donnerait pas effet à tous les termes du traité et infirmerait le rôle de l'article 5:5 en tant qu'obligation qui vient s'ajouter à celle imposée par l'article 5:1.

26. L'Australie prétend que le premier des "autres facteurs" cités par le Groupe spécial, lorsqu'il a parlé de "deux mesures de mise en œuvre substantiellement différentes" qui entraînaient une "discrimination" entre les produits, repose sur une analogie malvenue avec l'article III du GATT de 1994 et qu'il constitue manifestement une inexactitude dans les faits. En outre, selon l'Australie, le Groupe spécial a eu tort s'il a eu recours à une interprétation de la discrimination reposant sur l'article III du GATT de 1994 plutôt que d'avoir recours à une interprétation s'appuyant sur le sens de l'article 2:3 de l'*Accord SPS*, c'est-à-dire discrimination entre différents Membres de l'OMC ou entre l'Australie et le Canada "où existent des conditions identiques ou similaires".

27. Selon l'Australie, le Groupe spécial a qualifié à tort la différence entre la recommandation figurant dans le projet de rapport de 1995 et la recommandation figurant dans le Rapport final de 1996 de "changement" et de "changement assez substantiel intervenu dans les conclusions". Il a incorrectement accordé à un projet de recommandations le statut de mesures SPS et a épousé erronément le point de vue selon lequel la seule façon de justifier une différence entre des projets de recommandations et des recommandations finales au titre de l'*Accord SPS* était d'apporter de nouvelles preuves scientifiques. Cela étant, le Groupe spécial a refusé de prendre en considération des éléments de preuve pertinents présentés par l'Australie au sujet de la réévaluation des données et du rôle des projets de rapports et des projets de recommandations en ce qui concerne la transparence des pratiques et des mécanismes des pouvoirs publics. L'Australie affirme qu'on ne trouve dans l'*Accord SPS* aucune disposition obligeant un Membre de l'OMC à appliquer des projets de recommandations en l'absence de nouvelles preuves scientifiques.

28. L'Australie soutient que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en laissant entendre, s'agissant d'une maladie, la *nécrose hématopoïétique épizootique*, endémique dans certaines régions d'Australie mais exotique dans d'autres, que la compatibilité avec l'article 5:5 exigeait soit des restrictions concernant le transport de produits à base de saumon à l'intérieur de l'Australie, soit le zonage des importations en Australie pour accorder un accès au Canada. Le Groupe spécial n'a fait mention à cet égard d'aucune condition légale posée par l'article 5:5 ou dans une autre partie de l'*Accord SPS*, bien qu'il ait noté les dispositions de l'article 6 dans une note de bas de page. Il n'a pas prétendu que les contrôles internes de l'Australie contrevenaient à l'article 5:5 ni à aucune autre disposition de l'*Accord SPS*, mais il a utilisé cette affirmation comme une sorte de preuve d'ordre matériel de l'existence d'une restriction déguisée au commerce sans fournir aucun argument pertinent à l'appui de cette affirmation.

7. Article 5:6 de l'*Accord SPS*

29. L'Australie prétend que la façon dont le Groupe spécial a appliqué le triple critère pour établir l'incompatibilité avec l'article 5:6 constitue une erreur de droit. Selon elle, aucun élément de preuve

n'a été présenté pour indiquer que quatre autres options en matière de mesures quaranténaires avaient été considérées, dans le Rapport final de 1996, comme "raisonnablement applicables compte tenu de la faisabilité technique et économique". Cette question n'avait pas été examinée dans le Rapport final de 1996, puisqu'on y était arrivé à la conclusion que les options ne permettaient pas à l'Australie d'obtenir le niveau de protection approprié.

30. En outre, l'Australie prétend que le Groupe spécial "a qualifié inexactement la mesure qui permet actuellement à l'Australie d'obtenir le niveau de protection approprié en disant que ce niveau pouvait être atteint dans certaines conditions de traitement thermique". Le traitement thermique ne constitue pas le niveau de protection pour les saumons frais, réfrigérés ou congelés. L'Australie affirme par ailleurs qu'elle n'a jamais dit que les différences entre les options étaient "minimes, voire nulles".

B. *Canada – Intimé*

1. Mandat

31. Le Canada part du principe que l'examen du Groupe spécial ne pouvait pas se limiter à la Décision de 1996 du Directeur des services de quarantaine, étant entendu que la portée de celle-ci est trop étroite puisqu'elle ne s'applique qu'aux saumons du Pacifique pêchés en mer, qu'elle n'a pris effet que le 13 décembre 1996 et qu'elle ne constitue qu'un élément de la mesure en cause. De l'aveu même de l'Australie, les Conditions de 1988 entraient dans le mandat du Groupe spécial, puisque ces conditions ont été appliquées conformément à la Proclamation n° 86A, instrument qualifié par l'Australie de "cadre juridique habilitant les autorités à fixer les Conditions de 1988". Si la Décision de 1996 avait été la seule mesure en cause, le Groupe spécial aurait alors eu à constater que l'Australie contrevenait à l'article XI du GATT de 1994.

32. Le Canada prétend que l'Australie a toujours été parfaitement au courant des faits de la cause et qu'elle connaissait la mesure qui était contestée et les allégations de violation formulées par le Canada au sujet de cette mesure. Le Canada et l'Australie discutaient depuis 1975 du refus de l'Australie d'admettre le saumon canadien frais, réfrigéré ou congelé. La demande d'établissement d'un groupe spécial ne laisse subsister aucun doute. Il y est fait mention des mesures de prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés prises par l'Australie et il y est précisé que ces mesures comprennent la Proclamation n° 86A et tous amendements ou modifications. La demande de consultations est aussi claire à première vue. Il y est dit que l'Australie prohibe l'importation de saumons non traités, frais, réfrigérés ou congelés, en provenance du Canada, en vertu de la Proclamation n° 86A datée du 19 février 1975. Enfin, contrairement à l'affirmation faite par l'Australie selon laquelle le Canada n'a fourni aucune autre précision sur la mesure en cause dans sa

première communication, la mesure en cause est indiquée sur la toute première page de la communication du Canada.

33. Le Canada affirme que l'Australie se contente de jouer sur les mots. Il est tout à fait clair, d'après le rapport du Groupe spécial, que celui-ci a examiné la question de savoir si le saumon canadien frais, réfrigéré ou congelé avait accès au marché australien. Il ne lui a pas été demandé de se pencher sur la question de savoir si le saumon canadien traité thermiquement avait accès au marché australien et il ne s'est pas intéressé à cette question. La raison en est évidente: le saumon traité thermiquement est admis en Australie et il n'y a aucun différend entre les parties au sujet de ce produit. Il est par ailleurs tout à fait clair que le saumon frais, réfrigéré ou congelé n'est pas admis en Australie parce qu'il n'a pas été traité thermiquement aux températures et pendant les durées prescrites.

34. L'Australie allègue que le Groupe spécial a outrepassé son mandat en examinant la compatibilité de la mesure de l'Australie avec l'article 6 de l'*Accord SPS*. Selon le Canada, le Groupe spécial n'a rien fait de tel. Il s'est borné à citer l'article 6 dans une note de bas de page et il n'a pas "examiné la compatibilité de la mesure" avec l'article 6.

2. Charge de la preuve

35. Le Canada affirme que les allégations de l'Australie selon lesquelles il n'aurait pas établi une présomption de violation par l'Australie des paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5 de l'*Accord SPS* sont sans fondement. En alléguant que le Groupe spécial a commis une erreur, elle allègue en fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi, notamment à une évaluation objective des faits. Il s'agit là d'une allégation extrêmement grave. Elle exige que l'Australie présente des éléments de preuve complets et convaincants. L'Australie ne satisfait pas à cette exigence, loin s'en faut.

36. Le Canada prétend que l'Australie se méprend sur le caractère de l'obligation d'apporter un commencement de preuve en estimant que cette obligation existe lorsque, "sous réserve d'une réfutation, un groupe spécial peut constater qu'il est plus probable qu'improbable que chacun des éléments de l'allégation puisse cadrer avec chacun des articles au titre desquels celle-ci a été formulée". Selon lui, le Groupe spécial a exprimé clairement et appliqué correctement les règles de la preuve, en invoquant le rapport de l'Organe d'appel au sujet de l'affaire *États-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde* ("*États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*").¹⁸

¹⁸ Rapport adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R.

3. Évaluation objective de la question

37. Selon le Canada, l'Australie ne fait mention nulle part dans sa communication d'une erreur flagrante qui remettrait en question la bonne foi du Groupe spécial. Les dénonciations d'"erreurs" ne visent qu'à permettre à l'Australie de faire valoir à nouveau son point de vue et qu'à amener l'Organe d'appel à substituer son jugement à celui du Groupe spécial en tant que juge des faits.

4. Autres questions de procédure

38. Le Canada affirme que, comme l'Australie elle-même le reconnaît, le Groupe spécial l'a effectivement autorisée à présenter une troisième communication écrite après qu'elle se fut plaint que le Canada avait formulé de nouvelles "allégations" lors de la deuxième réunion de fond. L'Australie semble prétendre néanmoins que les formes régulières n'ont pas été respectées. Toutes les soi-disant nouvelles allégations sont de nouveaux arguments, comme le Groupe spécial l'a souligné à juste titre. Tout au long de cette affaire, le Groupe spécial a prorogé les délais et fait des aménagements pour répondre aux objections de l'Australie qui disait ne pas disposer de suffisamment de temps pour se préparer.

39. En raison des objections soulevées par l'Australie, le Groupe spécial a dit que le Rapport Vose n'était pas "déterminant pour [son] rapport" et qu'il "n'all[ait] pas l'étudier plus avant dans le cadre de [son] examen". Cependant, selon le Canada, le Rapport Vose traitait précisément de la question de savoir si l'Australie avait omis d'inclure dans le Rapport final de 1996 des renseignements importants qui figuraient dans le projet de rapport de 1995, lesquels étaient essentiels pour une estimation transparente des risques. Par conséquent, s'il était vrai que les "formes régulières" n'avaient pas été respectées, c'est le Canada qui en avait souffert. Le fait que le Groupe spécial n'ait pas pris en considération le Rapport Vose avait privé le Canada d'un élément de preuve pertinent.

40. Pour le Canada, "le plus choquant" dans les assertions de l'Australie concernant le respect des formes régulières, c'est lorsqu'elle prétend avoir subi un préjudice parce que le Canada a cité certaines études démontrant l'inefficacité du traitement thermique en ce qui concerne certains agents pathogènes, études qui n'ont pas été communiquées comme éléments de preuve mais qui ont été invoquées par le Groupe spécial. Selon le Canada, l'Australie prétend qu'elle n'a pas été en mesure de mettre la main sur ces études afin de les vérifier ou de les étayer en raison de l'erreur typographique commise par le Canada lorsqu'il a indiqué dans une note de bas de page que la publication datait de 1933 plutôt que de 1993. "Ce que l'Australie a omis de dire à l'Organe d'appel, selon le Canada, c'est que toutes les études qu'il avait mentionnées étaient citées en référence dans le Rapport final de 1996; c'est d'ailleurs là qu'il les avait trouvées. Les deux parties avaient présenté le Rapport final de

décembre 1996 comme élément de preuve. Le Canada soutient que l'Australie était donc parfaitement au courant de ces études ou qu'elle aurait dû l'être."

5. Article 5:1 de l'Accord SPS

41. De l'avis du Canada, le Groupe spécial a appliqué correctement le critère juridique et pris en considération comme il se doit les éléments de preuve afin de répondre à la question de savoir si les résultats de l'évaluation des risques permettaient d'asseoir sur une base scientifique rationnelle la prescription en matière de traitement thermique. Le Groupe spécial a été obligé de conclure que les résultats de l'évaluation des risques à laquelle avait procédé l'Australie "n'étaient pas de manière raisonnable" la prescription en matière de traitement thermique.

6. Article 5:5 de l'Accord SPS

42. Selon le Canada, la question qui se posait au Groupe spécial au titre de l'article 5:5 n'était pas celle de savoir si les risques que présentaient les différents produits étaient les mêmes, mais plutôt celle de savoir si les niveaux de protection appropriés appliqués par l'Australie pour faire face à ces risques étaient différents et, dans l'affirmative, celle de savoir si ces différences étaient arbitraires ou injustifiables et entraînaient une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international.

43. De l'avis du Canada, la principale question dont était saisi le Groupe spécial était la suivante: l'Australie avait fermé son marché malgré l'absence de preuve que les saumons morts, éviscérés, frais, réfrigérés ou congelés destinés à la consommation humaine aient jamais introduit de maladie où que ce soit et même si ce risque était extrêmement faible. Par contre, alors qu'elle savait que nombre de ces mêmes agents pathogènes entraient en Australie à cause de produits de la pêche autres que les saumons, l'Australie admettait ces produits parce qu'elle prétendait ne pas être au courant de la possibilité que ces agents pathogènes infectent les populations de salmonidés australiens ou des conséquences d'une telle infection. Autrement dit, l'Australie adopte deux niveaux de protection diamétralement opposés.

44. Contrairement à ce qu'affirme l'Australie, le Canada soutient que le Groupe spécial a pris en considération les "conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter". L'Australie a prétendu que, pour que des situations différentes soient comparables, il fallait que la maladie et les conséquences soient les mêmes. Cependant, le Groupe spécial a établi de science certaine, sur la foi du témoignage des experts, que les conséquences biologiques et économiques liées à l'introduction d'une maladie donnée seraient identiques ou similaires quel que soit le produit agissant comme vecteur de la maladie.

45. En réponse à l'affirmation de l'Australie voulant que le Groupe spécial lui ait refusé le droit d'adopter une approche prudente et de déterminer son propre niveau de protection, le Canada souligne que le Groupe spécial a comparé les mesures imposées par l'Australie en ce qui concerne le saumon et les espèces autres que les salmonidés. Tout au long de l'affaire, l'Australie a soutenu que le niveau de protection approprié contre les agents pathogènes qui pouvaient affecter ses salmonidés était très prudent. En réalité, selon le Canada, il était si prudent que l'Australie semblait parfois insister pour dire que, quelques faibles que soient les risques probables ou éventuels, la simple possibilité que ces agents pathogènes soient introduits était suffisante pour interdire les salmonidés qui pouvaient être les hôtes des agents en question. Confrontée au fait que bon nombre des mêmes agents pathogènes non seulement pouvaient être présents, mais que leur présence avait été constatée dans des produits autres que les salmonidés, l'Australie adoptait une approche fort différente: elle admettait les produits. Il est donc difficile de comprendre ce que l'Australie espère obtenir en reprochant au Groupe spécial de n'avoir comparé que les agents pathogènes dont on avait constaté la présence dans le saumon et ceux dont on avait constaté la présence dans des espèces autres que les salmonidés. Selon le Canada, les divergences entre les niveaux de protection appliqués par l'Australie auraient paru encore plus grandes si le Groupe spécial avait élargi son analyse de manière à mettre en contraste la position "prudente" adoptée par l'Australie au sujet des agents pathogènes pouvant être présents dans les salmonidés avec sa politique de "marché ouvert" pour les espèces autres que les salmonidés dans lesquelles la présence de ces agents pathogènes avait été confirmée.

46. Selon le Canada, le Groupe spécial aurait bien pu constater que les distinctions dans les niveaux de protection afférents à l'ensemble des situations différentes répertoriées par le Canada étaient arbitraires ou injustifiables. Pourtant, il ne l'a pas fait. Il s'est plutôt intéressé à deux produits comparables - les harengs entiers congelés utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants - pour lesquels les mesures différentes de l'Australie semblaient les plus flagrantes. Il a procédé ainsi parce que, comme l'ont fait remarquer les experts consultés par le Groupe spécial, on estime généralement que l'importation de poissons d'ornement vivants et de poissons utilisés comme appât est plus susceptible de conduire à l'introduction d'agents pathogènes exotiques que l'importation de poissons morts destinés à la consommation humaine. En outre, comme les experts l'ont fait remarqué, l'introduction d'une maladie exotique par un poisson mort et éviscéré, comme le saumon dont l'importation est prohibée par l'Australie, n'a jamais été attestée. En revanche, il existe de nombreux cas documentés d'introduction de maladies attribuable à des poissons vivants, même en Australie.

47. Le Canada affirme que lorsqu'il est question des risques d'introduction de maladies que présentent les importations d'espèces autres que les salmonidés (notamment les poissons vivants, les poissons utilisés comme appât et les autres poissons destinés à la consommation humaine) pour les salmonidés australiens, l'Australie exige que le Canada apporte non seulement des éléments de

preuve, mais la preuve de l'existence de risques. Cependant, dans le cas des importations de salmonidés, l'Australie impose une prohibition à l'importation "à tout hasard", même si tout indique que le risque est négligeable.

48. Le Canada soutient qu'il ne sera jamais possible de trouver des éléments de preuve plus convaincants que ceux qui ont été réunis relativement aux trois éléments constitutifs de la violation par l'Australie de l'article 5:5, non seulement dans la mesure où la mesure s'applique aux saumons du Pacifique pêchés en mer, mais à tous les produits à base de saumons frais, réfrigérés ou congelés visés par la mesure. Si les éléments de preuve réunis dans cette affaire sont insuffisants pour établir que l'Australie a violé l'article 5:5, il est difficile d'imaginer les circonstances dans lesquelles il serait possible de prouver qu'un Membre a violé l'article 5:5.

7. Article 5:6 de l'Accord SPS

49. Pour le Canada, bien que l'Australie soutienne que l'on soit arrivé à la conclusion, dans le Rapport final de 1996, que les autres options qui y étaient mentionnées en matière de mesures quaranténaires (options 2 à 5) ne lui permettaient pas d'obtenir le niveau de protection approprié, rien n'étaye cette affirmation dans le Rapport final de 1996. L'examen du rapport du Groupe spécial et du Rapport final de 1996 révèle que cette conclusion s'applique uniquement, à supposer qu'elle s'applique, aux deux options qui ont été rejetées d'entrée de jeu – l'élimination de toutes les restrictions quaranténaires ou l'interdiction de toutes les importations de saumons – à propos desquelles il était dit dans le Rapport final de 1996 qu'elles ne pouvaient pas "raisonnablement être considérées comme appropriées, eu égard au risque sanitaire associé".

50. Selon le Canada, l'Australie laisse entendre, contre toute logique, que la seule mesure en place qui lui permette effectivement d'interdire le saumon frais, réfrigéré ou congelé – le traitement thermique – ne lui permet pas d'obtenir le niveau de protection approprié, tandis que la prohibition le lui permet. Par ailleurs, en affirmant que le niveau de protection approprié est "explicite" dans la prohibition en tant que telle, l'Australie semble vouloir indiquer que le niveau de protection approprié est la prohibition. Or, il ressort clairement du libellé de l'article 5:6 qu'une mesure n'est pas le niveau de protection approprié.

C. *Canada – Intimé*

1. Gamme de produits examinés

51. Le Canada affirme que le fait que le Groupe spécial n'a pas établi de constatation au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 au sujet des produits à base de saumon autres que le saumon du Pacifique pêché en mer reposait sur une application erronée du "principe d'économie

jurisprudentielle", tel qu'il était énoncé dans le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*¹⁹, et qu'il conduisait à un résultat contraire à l'article 3:7 du Mémoire d'accord. De plus, l'approche suivie par le Groupe spécial aboutissait à un résultat inique, à savoir que la mesure du Membre faisait l'objet d'un examen d'autant moins rigoureux que le manquement aux obligations découlant pour celui-ci de l'Accord SPS était flagrant. À titre subsidiaire, le Canada soutient que les justifications invoquées par le Groupe spécial pour limiter son examen des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 contrastaient avec les nombreux éléments de preuve dont celui-ci disposait, ce qui constituait une violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.

52. Selon le Canada, s'il suffisait qu'il se prononce sur une allégation pour déterminer la façon de procéder à la mise en œuvre de manière à en arriver à une solution positive du différend, il serait superflu pour un Groupe spécial de pousser plus avant son examen. Néanmoins, un Groupe spécial qui examine certaines allégations mais refuse d'en examiner d'autres qui permettraient de mieux définir la façon de procéder à la mise en œuvre n'aura pas nécessairement réglé la question en litige. Le Membre concerné pourra peut-être procéder à la mise en œuvre de manière à rendre sa mesure conforme pour ce qui est des allégations examinées par le Groupe spécial, mais non en ce qui concerne les autres allégations que le Groupe spécial n'a pas examinées. La question ne serait pas réglée pour ce qui est de ces autres allégations et le Membre plaignant se verrait dans l'obligation d'engager une autre procédure pour qu'elles soient examinées. L'"économie jurisprudentielle" recherchée par le Groupe spécial ne serait donc pas une véritable économie.

53. Le Canada prétend que la décision prise par le Groupe spécial en l'espèce de limiter ses constatations au saumon du Pacifique pêché en mer n'était pas une décision d'examiner certaines allégations. Il s'agissait plutôt de la décision d'examiner seulement l'une des catégories de produits, à savoir le saumon du Pacifique pêché en mer, au sujet desquelles le Canada avait prétendu que l'Australie avait contrevenu aux deux articles en question. Étant donné que ni la mesure de l'Australie ni la portée du différend ne se limitaient au saumon du Pacifique pêché en mer, mais qu'elles englobaient plutôt tous les saumons frais, réfrigérés ou congelés, et après que le Groupe spécial eut constaté qu'il convenait et qu'il était nécessaire, pour régler le différend, d'examiner les allégations formulées par le Canada au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 au sujet du saumon du Pacifique pêché en mer, il s'ensuivait logiquement qu'il convenait et qu'il était nécessaire de faire de même pour tous les produits à base de saumon visés par la mesure. En n'agissant pas ainsi, le Groupe spécial n'a pas réglé la question en cause en l'espèce. Le Canada soutient que la constatation établie par le Groupe spécial au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 en ce qui concerne le saumon du Pacifique pêché en mer pourrait être étendue aux autres saumons canadiens.

¹⁹ Rapport adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R.

2. Article 2:3 de l'Accord SPS

54. Le Canada affirme qu'il a présenté des éléments de preuve pour étayer l'allégation qu'il a formulée séparément au titre de l'article 2:3, à savoir que bien que l'Australie prohibe l'importation de saumons non cuits en provenance du Canada pour empêcher apparemment l'entrée et l'établissement de maladies exotiques, elle ne réglemente pas sur son territoire le transport de saumons entre les États qui sont touchés par certaines maladies et ceux qui en sont exempts. Néanmoins, le Groupe spécial a décidé qu'il était "plus approprié dans les circonstances de l'espèce d'examiner en premier lieu les allégations du Canada au titre de l'article 5" et, lorsqu'il a examiné l'article 5:5, il a limité son examen au saumon du Pacifique pêché en mer. C'est parce qu'il a constaté que l'Australie avait contrevenu à l'article 5:5 que le Groupe spécial a constaté qu'elle avait également contrevenu aux exigences de l'article 2:3. La constatation établie par le Groupe spécial au titre de l'article 2:3 ne porte donc que sur le saumon du Pacifique pêché en mer puisque le Groupe spécial a refusé "d'examiner plus avant les autres allégations du Canada au titre de l'article 2".

55. Selon le Canada, le Groupe spécial a eu tort d'appliquer la première phrase de l'article 2:3 après coup, après avoir analysé l'article 5:5. Il a fait fausse route en n'accordant à la première phrase de l'article 2:3 qu'une valeur de préambule et en ne l'examinant qu'à la lumière de l'article 5:5 au lieu de la considérer comme une obligation distincte. Il a aggravé son erreur en limitant indûment son analyse et sa constatation au saumon du Pacifique pêché en mer au lieu de tenir compte de toutes les catégories de saumons en cause. Ce faisant, le Groupe spécial n'a pas tenu compte de son mandat ni des éléments de preuve dont il disposait.

56. Le Canada prétend que l'interprétation du Groupe spécial a pour effet d'émasculer l'article 2:3, première phrase. Elle contrevient aux règles coutumières d'interprétation du droit international public et va à l'encontre du principe énoncé par l'Organe d'appel dans son rapport au sujet de l'affaire États-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules ("États-Unis - Essence")²⁰, selon lequel l'interprète doit donner effet à tous les termes d'un traité. Elle ne tient pas compte non plus de l'avertissement qui est donné à l'article 3:2 du Mémoire d'accord: "Les recommandations et décisions de l'ORD ne peuvent pas accroître ou diminuer les droits et obligations énoncés dans les accords visés." Elle ne permet pas d'arriver à une solution positive du différend.

²⁰ Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

D. *Australie – Intimé*

1. Gamme de produits examinés

57. L'Australie affirme que le fait que le Groupe spécial a examiné le saumon d'élevage de manière plus superficielle que le saumon du Pacifique pêché en mer ne constituait pas une erreur de droit, mais qu'il s'expliquait par le fait que le Canada n'avait pas formulé d'allégations ni d'arguments juridiques concernant toutes les catégories de saumons, ce qui avait effectivement amené le Groupe spécial à "départager les produits" aux fins de son examen des allégations. Selon l'Australie, le Canada a tort de prétendre que le Groupe spécial peut constater, à partir d'une catégorie de produits limitée, qu'il y a incompatibilité avec quelques-uns des éléments constitutifs des obligations au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 et qu'il peut par la suite élargir ces constatations à une autre catégorie de produits, faisant ainsi échapper le Canada à la nécessité d'apporter un commencement de preuve relativement à tous les éléments des obligations qui concernent la deuxième catégorie de produits.

58. De l'avis de l'Australie, le Groupe spécial ne disposait pas, contrairement à ce que prétend le Canada, de "nombreux éléments de preuve" en ce qui concerne les autres catégories de saumons, puisque la plupart des études citées par le Canada sont de nature générale ou qu'elles s'appuient sur des éléments de preuve qui ont été présentés tardivement ou qui n'ont pas été communiqués.

2. Article 2:3 de l'Accord SPS

59. Selon l'Australie, l'appel formé par le Canada au sujet de la première phrase de l'article 2:3 repose sur une mauvaise interprétation des constatations de violation de l'article 5:5 qui ont été établies par le Groupe spécial. Le Groupe spécial n'a pas constaté qu'il y avait violation des articles 5:5 et 2:3 parce que l'Australie appliquait des mesures différentes aux produits australiens à base de saumon d'une part, et aux saumons importés d'autre part. Par conséquent, tous les arguments du Canada concernant les contrôles internes ou externes n'ont rien à voir avec les questions qui font l'objet de l'appel.

60. L'Australie soutient que l'idée que l'article 2:3 constituerait une obligation distincte se heurte au sens ordinaire des termes dans leur contexte. Le Canada n'a pas expliqué pourquoi ses allégations d'erreur ne s'appliqueraient pas également aux obligations énoncées dans la deuxième phrase de l'article 2:3 ni, d'ailleurs, aux dispositions des articles 2:2 et 5:1.

E. *Arguments des participants tiers*

1. Communautés européennes

61. Les Communautés européennes estiment que le principe d'économie jurisprudentielle ne justifie pas que le Groupe spécial ait limité son examen des produits au saumon du Pacifique pêché en mer. Cependant, il n'est pas certain que le Groupe spécial était en mesure d'examiner les allégations relatives aux autres catégories de saumons. Par conséquent, s'il n'a pas établi de constatation, ce n'est pas parce que la chose n'était pas nécessaire, mais plutôt parce qu'il ne disposait pas des éléments de preuve nécessaires pour établir une constatation.

62. Les Communautés européennes observent que le Groupe spécial semble avoir appliqué de manière tout à fait particulière les principes régissant l'attribution de la charge de la preuve. L'allégation selon laquelle la "restriction déguisée au commerce" était démontrée du fait de l'absence de restrictions similaires frappant le transport intérieur de saumons a été formulée par le Canada et elle aurait donc dû être étayée par celui-ci. Si, malgré les éléments de preuve présentés par le Canada, le Groupe spécial avait encore des "doutes" concernant l'exactitude ou la pertinence matérielle de cette allégation à l'égard du troisième élément de l'article 5:5, il aurait dû la rejeter.

63. Par ailleurs, les Communautés européennes indiquent que le fait que le Groupe spécial a eu souvent recours à des hypothèses, lorsqu'il a examiné l'article 5, plutôt que d'établir des constatations définitives, constitue une interprétation excessive et fâcheuse du principe d'économie jurisprudentielle, peu susceptible de conduire au règlement des différends.

64. Les Communautés européennes font valoir que le sens normal de "pourraient" et de "probabilité" est différent: "probabilité" a une connotation plus forte que "pourraient". Néanmoins, l'objet, le but et le contexte de l'*Accord SPS* indiquent que les rédacteurs de l'Accord n'ont pas pu souhaiter que le premier type d'évaluation des risques comporte un niveau de probabilité plus élevé que le deuxième type, tel qu'il est défini au paragraphe 4 de l'annexe A de l'Accord. Il n'y a pas lieu de penser que les mesures SPS destinées à lutter contre les parasites ou les maladies devraient faire l'objet d'un examen plus rigoureux que celles destinées à lutter contre les risques pour la santé qui sont liées à la présence d'additifs, de contaminants, etc.

65. Les Communautés européennes craignent en outre que le Groupe spécial soit mal compris et qu'on lui fasse dire que les Membres ne peuvent pas, aux termes de l'*Accord SPS*, opter pour un niveau de protection "risques nuls". Ce n'est pas du tout ce que l'Organe d'appel a voulu dire dans

l'affaire *Communautés européennes – Hormones*²¹ lorsqu'il a parlé de l'"incertitude théorique" qui subsiste toujours.

66. Les Communautés européennes soutiennent qu'il n'existe aucune différence pertinente entre la "perspective commerciale" et la "perspective sanitaire" de la mesure en cause. S'agissant du saumon frais, réfrigéré ou congelé, la mesure en cause est une prohibition à l'importation dans une perspective comme dans l'autre. La conclusion du Groupe spécial selon laquelle le traitement thermique ne réduit pas suffisamment le risque et qu'il n'y a donc pas de relation logique entre l'évaluation des risques et la mesure (traitement thermique) ne peut découler de son raisonnement antérieur pour deux raisons: premièrement, ce traitement n'est pas utilisé pour le saumon frais, réfrigéré ou congelé; et, deuxièmement, si le traitement thermique n'est pas efficace, cela renforce la conclusion selon laquelle les importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés devraient être prohibées.

67. Les Communautés européennes affirment en outre que le Groupe spécial a eu raison de procéder à l'examen des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 parce que les conséquences - s'agissant de la mise en œuvre - découlant d'une constatation de violation de l'article 5:1 ne sont pas les mêmes que celles découlant d'une constatation de violation des paragraphes 5 ou 6 de l'article 5. Cependant, il a eu tort de motiver sa décision de procéder à un examen plus poussé en invoquant un moyen "subsidaire", c'est-à-dire que si les constatations établies par le Groupe spécial au titre de l'article 5:1 avaient été jugées erronées, il aurait alors été tenu d'examiner les paragraphes 5 et 6 de l'article 5. Cette façon de procéder est la négation du principe d'économie jurisprudentielle parce que, dans ce cas, la logique voudra toujours que toutes les allégations soient examinées.

68. Les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial a fait fausse route en examinant la "différence ... dans le degré de risque" dans le contexte du deuxième élément de l'article 5:5 parce que cela n'est pas un moyen d'évaluer le caractère arbitraire ou injustifiable des distinctions dans les niveaux de protection. C'est un élément de la définition du niveau de protection.

69. Selon les Communautés européennes, en raison de cette erreur, le Groupe spécial s'est borné dans son analyse à déterminer si les différences entre les mesures appliquées à différents types de poissons pouvaient se justifier par des différences correspondantes dans le degré de risque. La seule conclusion logique que le Groupe spécial aurait pu tirer de ce type d'analyse était de savoir s'il existait ou non des différences dans les niveaux de protection. Ce genre d'analyse n'était pas suffisant pour savoir si les différences dans les niveaux de protection étaient "arbitraires" ou "injustifiées". Pour cela, il aurait dû évaluer le "caractère" de ces différences.

²¹ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R.

70. Selon les Communautés européennes, le Groupe spécial a commis également quatre graves erreurs de droit en examinant le troisième élément de l'article 5:5: i) il a attribué un poids excessif à l'existence de différences dans les niveaux de protection en tant que preuve indirecte du troisième élément de l'article 5:5, brouillant ainsi la distinction entre les deuxième et troisième éléments de l'article 5:5; ii) il a interprété à tort l'expression "restriction déguisée au commerce international" comme englobant la notion de "discrimination entre des produits"; iii) il a déduit les motifs qui ont amené l'Australie à renverser les recommandations figurant dans le projet de rapport de 1995 à partir de simples suppositions; et iv) il a tiré un argument non pertinent de l'absence de contrôles internes sur le transport de saumons.

71. Les Communautés européennes affirment que l'analyse faite par le Groupe spécial de la mesure en cause au titre de l'article 5:6 est entachée des mêmes défauts que celle qu'il a effectuée au titre de l'article 5:1, puisqu'elle part elle aussi de l'idée erronée que la mesure en cause est le traitement thermique. Le Groupe spécial a fait fausse route également en ce qui concerne la façon dont il a abordé la charge de la preuve relative à l'article 5:6. Bien qu'il ait indiqué qu'il n'établissait pas de constatation sur la question de savoir si une autre option aurait effectivement permis à l'Australie d'obtenir un niveau de protection approprié, il n'en a pas moins conclu que le Canada avait établi une présomption quant à l'existence d'autres mesures qui auraient permis à l'Australie d'obtenir un niveau de protection approprié. Cela démontre que le Groupe spécial établit une "présomption" au sens d'indication ou de soupçon qu'un fait est véridique.

2. Inde

72. L'Inde affirme que dans une affaire comme celle-ci, la charge de la preuve incombe à l'Australie. L'article 3:3 de l'*Accord SPS* dispose expressément que les Membres pourront introduire des mesures qui entraînent un niveau de protection plus élevé que des mesures fondées sur les normes internationales pertinentes, à condition qu'il y ait une justification scientifique et qu'elles ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection approprié. L'article 5:8 dispose que lorsque n'importe quel autre Membre estime que ce genre de mesures exerce ou peut exercer une contrainte sur ses exportations et que la mesure n'est pas fondée sur des normes internationales pertinentes, il peut demander une explication. Selon l'Inde, cela indique clairement que, dans toutes les affaires de ce genre, la charge de la preuve incombe au Membre qui a introduit la mesure.

73. Pour l'Inde, la lettre et l'esprit de l'article 5:5 insistent sur la cohérence dans l'application des mesures SPS. Le but et l'objet sont très clairs: les Membres éviteront de faire des distinctions dans les niveaux de protection qu'ils considèrent appropriés dans des situations différentes, si celles-ci entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international.

74. Pour l'Inde, comme l'évaluation des risques effectuée par l'Australie n'avait pas permis d'établir de distinctions entre les niveaux de risque associés aux cinq options possibles en matière de mesures quaranténaires, chacune de ces options aurait donc permis à l'Australie d'obtenir le niveau de protection approprié. L'Australie aurait dû adopter l'option la moins restrictive pour le commerce.

3. Norvège

75. La Norvège soutient que la manière dont le Groupe spécial a examiné les prescriptions de fond relatives à l'évaluation des risques est correcte, notamment en ce qui concerne l'exigence voulant qu'une évaluation soit faite de l'efficacité des diverses options de réduction des risques. Selon elle, le Groupe spécial aurait dû néanmoins établir une conclusion distincte concernant les prescriptions de fond afférentes à l'évaluation des risques avant d'examiner l'exigence voulant que la mesure soit établie sur la base d'une évaluation des risques. Tous les éléments de fait nécessaires pour établir ce genre de conclusion semblent réunis. Les conséquences de la façon de procéder retenue par le Groupe spécial deviendront apparentes si l'Organe d'appel reconnaît les prétentions de l'Australie concernant la mesure. Dans ce cas, il n'y aurait aucune constatation - s'appuyant sur les faits de la cause - concernant l'évaluation des risques en tant que telle ou les prescriptions relatives aux preuves scientifiques et aux principes scientifiques dont il est fait mention à l'article 2:2.

76. Pour la Norvège, l'interprétation juste de l'expression établie sur la base est la suivante: l'évaluation des risques doit permettre d'établir l'efficacité d'une mesure sous l'angle de la réduction des risques, la mesure retenue doit faire partie de celles qui ont été évaluées et il doit avoir été constaté qu'elle a une certaine efficacité. Le choix concret de la mesure appropriée pour obtenir le niveau de protection devrait par la suite être examiné en fonction du "critère de nécessité" énoncé à l'article 2:2 et élaboré à l'article 5:6. Si la nécessité de la mesure retenue était implicite à l'article 5:1, l'article 5:6 serait vidé de son sens.

77. La Norvège estime que cela suppose une démarche en trois étapes: i) une constatation concernant les prescriptions de fond de l'évaluation des risques en tant que telle; ii) une constatation quant à la question de savoir si la mesure fait partie de celles qui ont été évaluées et jugées efficaces dans le cadre de l'évaluation des risques; et iii) une constatation concernant la question de savoir si la mesure appliquée est nécessaire pour obtenir le niveau de protection recherché par le Membre importateur.

78. La Norvège conteste les affirmations de l'Australie selon lesquelles le Groupe spécial crée une nouvelle obligation juridique lorsqu'il dit que des maladies non dépistées ne peuvent valablement être prises en considération aux fins de la détermination du niveau de protection approprié d'un Membre. Selon la Norvège, si l'Australie avait raison, un Membre pourrait adopter une mesure SPS sans avoir à

identifier un risque. La Norvège estime qu'il ressort clairement de la définition figurant au paragraphe 1 de l'annexe de l'*Accord SPS* que les mesures SPS ont trait à la protection contre les risques; par conséquent, si aucun risque n'a été identifié relativement à une importation donnée, aucune mesure SPS ne peut être appliquée.

79. La Norvège fait valoir que, si l'on acceptait la prétention de l'Australie selon laquelle la mesure est une prohibition à l'importation, il faudrait alors se demander si l'une ou l'autre des autres mesures raisonnablement applicables qui ont été identifiées est suffisante pour ramener le risque aux "niveaux très faibles" exigés par l'Australie. Le Rapport final de 1996 ne renferme pas d'évaluation ni de conclusion claires à ce sujet et cette absence d'évaluation pourrait constituer en tant que telle un manquement aux prescriptions de fond énoncées à l'article 5:1 voulant qu'il soit procédé à une évaluation des risques.

80. La Norvège soutient que le Groupe spécial devait prendre les obligations énoncées à l'article 2 comme point de départ puisque celles-ci comprennent les "Droits et obligations fondamentaux", cela parce que le nœud de l'affaire est la question de savoir si la mesure de l'Australie est "nécessaire" pour obtenir le niveau de protection, de savoir si elle est fondée sur des principes scientifiques et des preuves scientifiques suffisantes et/ou de savoir si la mesure constitue une restriction injustifiable au commerce international.

4. États-Unis

81. Les États-Unis affirment que l'Australie ne tient pas compte, dans sa thèse, du fait que le traitement thermique a été évalué dans le Rapport final de 1996 ainsi que dans le projet de rapport de 1995, en même temps que d'autres mesures concernant le saumon frais, réfrigéré ou congelé.

82. Selon les États-Unis, l'Australie cite ironiquement des observations formulées par des experts qui ont constaté que la prescription de traitement thermique modifie effectivement – c'est-à-dire détruit – le produit, pour étayer son allégation voulant que le traitement thermique ne soit pas applicable aux saumons frais, réfrigérés ou congelés. Cela revient à affirmer que l'obligation de réduire les parpaings en poussière avant de les importer est une mesure qui se rapporte uniquement à l'importation de poussière. Là encore, le Groupe spécial n'était pas tenu de faire abstraction de la prescription de traitement thermique simplement parce que la mesure de l'Australie entraîne la destruction du caractère du saumon frais, réfrigéré ou congelé, de sorte que le produit en résultant n'est plus "frais, réfrigéré ou congelé".

83. Les États-Unis soutiennent que si le Groupe spécial a circonscrit son analyse aux saumons du Pacifique pêchés en mer pour des raisons d'économie jurisprudentielle, il a mal appliqué ce principe

car celui-ci l'a empêché de régler complètement la question en cause. Il ne s'agissait pas, en l'occurrence, d'une situation où le Groupe spécial avait choisi à juste titre de ne pas examiner tous les arguments présentés ou toutes les allégations formulées par une partie. Au lieu de cela, le Groupe spécial a omis dans cette affaire d'étendre son analyse à tous les saumons frais, réfrigérés ou congelés qui faisaient l'objet de la demande d'établissement d'un groupe spécial présenté par le Canada.

84. Les États-Unis affirment que l'Australie a imposé une prohibition pour faire face à la possibilité que les saumons importés éviscérés, destinés à la consommation humaine, puissent servir d'hôtes et introduire des maladies – dont quelques-unes seulement sont exotiques en Australie – dans ses pêcheries de saumons. C'était précisément le genre de risque hypothétique à propos duquel l'Organe d'appel avait conclu, dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, que ce "n'[était] pas le genre de risque qui [devait] être évalué aux termes de l'article 5:1".

85. Les États-Unis soutiennent que l'Australie, en insistant pour que le Groupe spécial ne procède à une comparaison des niveaux de protection qu'entre différents types de poissons qui sont hôtes d'un nombre similaire de maladies, imposerait que la comparaison soit établie uniquement lorsqu'il existe des risques identiques. Pareille limitation n'est tout simplement pas justifiée par le libellé de l'article 2:3 qui constitue, selon l'Organe d'appel, un élément important du contexte de l'article 5:5. En outre, la thèse avancée par l'Australie concernant le bien-fondé de la comparaison établie par le Groupe spécial ne tient pas compte des preuves scientifiques qui ont été présentées au Groupe spécial et selon lesquelles il est fort peu probable que le saumon importé soit porteur de bien des maladies parmi la vingtaine qui a été mentionnée par l'Australie, si tant est qu'il en soit porteur.

86. Les États-Unis font valoir en outre que l'Organe d'appel – dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones* – a approuvé implicitement l'établissement de comparaisons entre des niveaux de protection dans des circonstances où les risques et les conditions n'étaient pas identiques.

87. Les États-Unis affirment que les arguments présentés par l'Australie au sujet de l'article 5:6 ne tiennent pas compte de deux considérations fondamentales. Premièrement, le Groupe spécial disposait de preuves scientifiques qui remettaient en question l'efficacité du traitement thermique. Par conséquent, si le traitement thermique permettait à l'Australie d'obtenir le niveau de protection souhaité, il existait d'autres moyens, y compris l'éviscération, qui lui auraient également permis d'obtenir le même niveau de protection. Deuxièmement, le Groupe spécial a pris note des conclusions scientifiques selon lesquelles le risque associé à l'importation de saumons destinés à la consommation humaine était faible. En outre, il était constaté dans le Rapport final de 1996 que "les écarts entre les niveaux de risque correspondant à chaque option constituaient une progression et ne pouvaient pas être quantifiés". Le Canada avait donc apporté un commencement de preuve qui n'avait pas été réfuté

selon lequel il existait d'autres mesures moins restrictives pour le commerce qui auraient permis à l'Australie d'obtenir le niveau de protection recherché.

III. Questions soulevées dans le présent appel

88. L'appelant, l'Australie, soulève les questions suivantes dans le présent appel:

- a) question de savoir si le Groupe spécial a négligé d'interpréter correctement son mandat en ce qui concerne la mesure et le produit en cause;
- b) question de savoir si le Groupe spécial a outrepassé son mandat en élargissant la portée de son examen de l'article 5 à l'article 6 de l'*Accord SPS*;
- c) question de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur de droit en constatant que la mesure en cause, telle qu'elle s'applique aux saumons du Pacifique pêchés en mer, n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques et de savoir si l'Australie a ainsi agi de façon incompatible avec l'article 5:1 et, par implication, avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS*;
- d) question de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur de droit en constatant que l'Australie a agi de façon incompatible avec l'article 5:5 et, par implication, avec l'article 2:3 de l'*Accord SPS*;
- e) question de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur de droit en constatant que l'Australie a agi de façon incompatible avec l'article 5:6 de l'*Accord SPS*; et
- f) question de savoir si le Groupe spécial a réparti et appliqué correctement la charge de la preuve, a procédé à une évaluation objective de la question, a eu tort d'admettre ou d'examiner certains éléments de preuve et a respecté les formes régulières en rejetant la demande de l'Australie, qui souhaitait présenter une troisième communication écrite.

89. L'appelant, le Canada, soulève les questions suivantes dans le présent appel:

- a) question de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur de droit en appliquant le principe d'économie jurisprudentielle et en n'étendant pas son appréciation des

allégations formulées par le Canada au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 de l'*Accord SPS* aux autres saumons canadiens; et

- b) question de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur de droit en ne constatant pas de violation de l'article 2:3, première phrase, indépendamment de sa constatation selon laquelle l'Australie a agi de façon incompatible avec l'article 5:5 de l'*Accord SPS*.

IV. Mandat

A. *La mesure et le produit en cause*

90. La première question que nous examinons est celle de savoir si le Groupe spécial a négligé d'interpréter correctement son mandat en ce qui concerne la mesure et le produit en cause dans le présent différend. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Canada a indiqué la mesure et le produit en cause dans les termes suivants:

Les mesures de prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés prises par le gouvernement australien (les "mesures australiennes" ou les "mesures") comprennent la Proclamation n° 86A relative à la quarantaine, datée du 19 février 1975, et tous amendements ou modifications. Ces mesures ont un effet négatif sur les importations de saumons canadiens.²²

91. S'agissant de la mesure en cause, le Groupe spécial en est arrivé à la conclusion suivante au paragraphe 8.19 de son rapport:

... conformément à notre mandat, la mesure qu'il nous faut examiner dans le présent différend est la PQ n° 86A, telle que mise en application ou confirmée par les Conditions de 1988, les Prescriptions de 1996 et la Décision de 1996, et ce pour autant qu'elle interdit l'importation en Australie de saumons frais, réfrigérés ou congelés.

92. Avant d'en arriver à cette conclusion, le Groupe spécial a estimé, au paragraphe 8.18 de son rapport, que les Conditions de 1988²³:

... interdisent de fait l'importation de quantités commerciales de produits à base de saumon qui n'ont pas été soumis au traitement

²² WT/DS18/2, 10 mars 1997.

²³ *Supra*, note 3.

thermique prescrit. On peut aussi dire, en ce sens, que les Conditions de 1988 constituent une mesure "interdisant l'importation de saumons frais, réfrigérés ou congelés", ainsi qu'il est indiqué dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Pour les raisons ci-dessus, nous estimons que les Conditions de 1988 relèvent elles aussi de notre mandat.

Pour ce qui est des Prescriptions de 1996²⁴, le Groupe spécial a dit un peu plus loin dans le même paragraphe:

... nous estimons que le même raisonnement que celui qui est exposé ci-dessus pour les Conditions de 1988 vaut pour ces prescriptions. Nous estimons de ce fait que les Prescriptions de 1996 relèvent de notre mandat.²⁵

93. Plus loin dans son rapport, lorsqu'il a examiné la question de savoir si la mesure SPS en cause était établie sur la base d'une évaluation des risques, comme l'exige l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, le Groupe spécial a dit:

(...) Dans une perspective commerciale (lorsque l'on examine quels produits ne peuvent pas entrer sur le marché australien), la mesure en cause constitue en fait une interdiction d'importer, notamment, des saumons frais, réfrigérés ou congelés. En revanche, lorsque l'on cherche à déterminer les aspects sanitaires de la mesure en cause (que l'on examine ce qui est requis pour que l'importation des produits soit *autorisée*) - comme nous devons le faire dans le contexte de l'*Accord SPS* -, nous constatons qu'elle impose, en fait, le traitement thermique en tant que moyen sanitaire de faire face au risque qu'entraîne l'importation de saumons. Ces deux perspectives sont les deux faces d'une seule et même réalité: la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés est une conséquence de l'obligation imposée par l'Australie pour des raisons sanitaires de soumettre les saumons à un traitement thermique préalablement à leur importation. (...) ²⁶

Dans une note de bas de page relative à ce paragraphe, le Groupe spécial a donné les précisions suivantes:

Ce [que le Canada] conteste devant le présent Groupe spécial, c'est la justification donnée par l'Australie des mesures qui interdisent l'accès des saumons frais, réfrigérés ou congelés – ou, en d'autres termes, qui n'autorisent l'accès des saumons que s'ils ont été soumis à un

²⁴ Voir la note de bas de page 3 du présent rapport.

²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.18.

²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.95.

traitement thermique conforme aux Conditions de 1988 ou mis en conserve à des fins commerciales.²⁷

94. S'agissant du produit en cause, le Groupe spécial a dit que la gamme de produits examinés dans le cadre du présent différend était limitée, conformément à la demande d'établissement d'un groupe spécial, aux "saumons frais, réfrigérés ou congelés". Pour ce qui est de la gamme de produits examinés, le Groupe spécial a estimé que "les produits soumis à un traitement thermique n'en [faisaient] pas partie"²⁸ et que "les produits soumis à un traitement thermique ne [faisaient] pas partie des produits visés dans le présent différend".²⁹

95. Selon l'Australie, le Groupe spécial a outrepassé son mandat en ce qui concerne "tant le produit visé que les mesures quaranténaires applicables à l'examen".³⁰ S'agissant de la gamme de produits examinés, l'Australie soutient que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en élargissant la portée de son examen aux produits à base de salmonidés traités thermiquement.³¹ L'Australie reconnaît que le Groupe spécial a indiqué explicitement que les produits traités thermiquement débordaient le cadre du présent différend, mais elle prétend que "lorsqu'il a examiné la compatibilité de "la mesure" avec les dispositions de l'article 5:1, il semble avoir décidé que son mandat englobait toutes les formes de produits à base de saumon transformés à partir du produit "de départ", à savoir le saumon frais".³² L'Australie soutient que le Groupe spécial a élargi le cadre de son mandat au-delà de la mesure SPS en cause, c'est-à-dire la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés³³, en incluant la prescription de traitement thermique, qui s'applique uniquement aux saumons fumés et aux œufs et laitances de saumon.³⁴ L'Australie soutient que le Groupe spécial, en décrivant la mesure quarantenaire qui s'applique aux saumons fumés comme

²⁷ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 302.

²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.24.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 50. Voir aussi la déclaration d'appel, point 2.

³¹ *Ibid.*, paragraphe 54.

³² *Ibid.*, paragraphe 62.

³³ *Ibid.*, paragraphe 65.

³⁴ *Ibid.*, paragraphe 23. En outre, au paragraphe 24 de sa communication en tant qu'appelant, l'Australie prétend que le Groupe spécial a fait fausse route en interprétant la mesure en cause comme une mesure "en vigueur", plutôt que comme une mesure "telle qu'elle était appliquée", laissant ainsi entendre que la mesure en cause était une sorte de prohibition déguisée à l'importation, qui prenait la forme d'une mesure qui s'appliquait à des produits qui n'entraient pas dans son mandat (c'est-à-dire la prescription de traitement thermique qui s'appliquait aux saumons fumés et aux œufs et laitances de saumon).

l'aspect sanitaire d'une mesure commerciale qui s'applique aux saumons frais, réfrigérés ou congelés (le "revers" d'une même médaille)³⁵, "a raisonné d'une manière qui laisse sérieusement à désirer".³⁶ Selon l'Australie, la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés n'est pas une conséquence de l'exigence voulant que le saumon fumé soit traité thermiquement. Elle souligne que le saumon fumé d'une part, et le saumon frais, réfrigéré ou congelé d'autre part, sont des produits différents et que les mesures quaranténaires applicables aux uns et aux autres ne sont pas les deux côtés d'une même médaille.³⁷

96. S'agissant du produit en cause dans le cadre du présent différend, nous notons que le Groupe spécial a indiqué expressément que les produits soumis à un traitement thermique ne faisaient pas partie des produits visés dans le présent différend.³⁸ En outre, il ressort clairement du rapport du Groupe spécial que celui-ci n'a examiné que les "saumons frais, réfrigérés ou congelés". Nous concluons donc que l'allégation de l'Australie voulant que le Groupe spécial ait outrepassé son mandat en examinant des produits qui n'en faisaient pas partie, notamment les produits soumis à un traitement thermique, est sans fondement.

97. S'agissant de la mesure en cause, nous notons que les dispositions pertinentes de la Proclamation n° 86A se lisent ainsi:

C'EST POURQUOI JE SOUSSIGNÉ, ..., Gouverneur général de l'Australie, ... , par la présente, ...

d) *prohibe l'importation en Australie de poisson mort du sous-ordre des salmonidae, ou de toutes parties (autres que le sperme et les ovules) de poisson de ce sous-ordre, sous quelque forme que ce soit, sauf si:*

i) *préalablement à l'importation en Australie, le poisson ou les parties de poisson ont été soumis à un traitement qui, de l'avis du Directeur des services de quarantaine, empêcherait probablement l'introduction de toute maladie infectieuse ou contagieuse, ou maladie ou parasite frappant les personnes, les animaux, ou les végétaux; et*

ii) *le Directeur des services de quarantaine ou une personne à qui il a délégué ce pouvoir a consenti par écrit à l'importation et si cet écrit est produit devant un agent des*

³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.95.

³⁶ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 78.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.24.

douanes ... ou à un fonctionnaire des services de quarantaine.
(non souligné dans l'original)

Il est clair, d'après le libellé de la Proclamation n° 86A, que celle-ci frappe le saumon d'une *prohibition à l'importation*. Cela n'est pas contesté; les deux parties conviennent que les saumons frais, réfrigérés ou congelés ne sont pas admis en Australie depuis que la Proclamation n° 86A est entrée en vigueur.³⁹

98. Bien que la Proclamation n° 86A impose une prohibition à l'importation, elle délègue au Directeur des services de quarantaine le pouvoir d'autoriser les importations qui ont été soumises à un traitement susceptible d'empêcher, à son avis, l'introduction de toute maladie. En vertu de cette délégation de pouvoir, le Directeur de services de quarantaine a publié les Conditions de 1988 qui s'appliquent actuellement.⁴⁰ Les Conditions de 1988 ont été interprétées par le Groupe spécial comme s'appliquant non seulement aux saumons fumés, mais aussi aux autres catégories de saumons, y compris les saumons frais, réfrigérés ou congelés. De l'avis du Groupe spécial, cette interprétation est justifiée par l'intitulé et le libellé du premier paragraphe des Conditions de 1988. L'intitulé se lit ainsi:

Conditions d'importation de la chair et des œufs et laitances de salmonidés en Australie.

Le premier paragraphe se lit ainsi:

Toute chair de saumon ou de truite et tous œufs et laitances de saumon qui ne sont pas en conserve nécessitent un permis quarantenaire pour entrer en Australie.

99. Pour le Groupe spécial, ni l'intitulé, ni le paragraphe premier n'indiquent que les Conditions de 1988 s'appliquent uniquement aux saumons fumés. Cependant, en y regardant de plus près, il semble que cette interprétation dénature le champ d'application véritable des Conditions de 1988. Celles-ci renferment les dispositions suivantes:

- a) l'importation de tous les salmonidés autres que les saumons en conserve nécessite un permis quarantenaire⁴¹;

³⁹ Exception faite de petites quantités de saumons frais, réfrigérés ou congelés qui peuvent être importées à des fins scientifiques ou pour des opérations de taxidermie. Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.95.

⁴⁰ *Supra*, note 3. Les Conditions de 1988 ont remplacé les Directives de 1983 pour l'importation de saumons et de truites fumés en Australie.

⁴¹ Conditions de 1988, paragraphe 1.

- b) la température et le temps de cuisson du saumon ou de la truite fumés ou des œufs et laitances doivent être indiqués sur la demande⁴²;
- c) en ce qui concerne les saumons qui n'ont pas été soumis au traitement indiqué plus haut, le Service australien de quarantaine et d'inspection prendra en considération des écarts par rapport à ces prescriptions qui soient susceptibles de tenir compte de l'effet de l'un ou l'autre des traitements auxiliaires, tels que la "cuisson instantanée", l'"étuvage", l'"irradiation par rayons gamma", le "saumurage" ou la "congélation", lorsque l'efficacité de ce processus pour inactiver les organismes peut être démontrée⁴³;
- d) s'agissant de l'importation de lots individuels de chair de saumon fumé d'un poids inférieur à 5 kg, il n'est pas nécessaire d'obtenir un permis quarantenaire mais le traitement prescrit est néanmoins requis.⁴⁴

100. Les Prescriptions de 1996 confirment les dispositions de l'alinéa d) ci-dessus, mais modifient les prescriptions concernant l'étiquetage des lots individuels de saumon fumé d'un poids inférieur à 5 kg, qui figuraient dans les Conditions de 1988.⁴⁵

101. Nous nous rallions au point de vue de l'Australie selon lequel la prescription de traitement thermique mentionnée dans les Conditions de 1988 ne s'applique qu'aux saumons fumés et selon lequel ces conditions exemptent les saumons fumés ainsi que les œufs et laitances de saumon ayant été soumis à un traitement thermique de la prohibition à l'importation imposée en vertu de la Proclamation n° 86A. Les saumons frais, réfrigérés ou congelés sont visés par la prohibition à l'importation imposée en vertu de la Proclamation n° 86A, comme cela est confirmé dans la Décision de 1996 du Directeur des services de quarantaine. Les saumons frais, réfrigérés ou congelés ne sont pas et ne peuvent pas être soumis à un traitement thermique. En réalité, le traitement thermique détruirait les saumons frais, réfrigérés ou congelés. Comme le Groupe spécial l'a lui-même dit en termes explicites: "Le traitement thermique modifie en fait la nature du produit et en limite l'utilisation. Le saumon ayant subi un traitement thermique ne peut de toute évidence plus être

⁴² Conditions de 1988, paragraphes 2 et 8. Un tableau des températures et des temps de cuisson agréés figure au paragraphe 3 des Conditions de 1988.

⁴³ Conditions de 1988, paragraphe 5.

⁴⁴ Conditions de 1988, paragraphe 9.

⁴⁵ *Supra*, note 3.

consommé en tant que saumon frais."⁴⁶ En outre, les deux participants conviennent que le saumon frais, réfrigéré ou congelé est un produit complètement différent du saumon ayant subi un traitement thermique (commercialisé sous le nom de saumon "fumé").⁴⁷

102. Nous rappelons que le Groupe spécial a dit que la mesure en cause en l'espèce "[était] la PQ n° 86A, telle que mise en application ou confirmée par les Conditions de 1988, les Prescriptions de 1996 et la Décision de 1996, et ce pour autant qu'elle interdi[sait] l'importation en Australie de saumons frais, réfrigérés ou congelés".⁴⁸ Tel qu'il est indiqué plus haut, le Groupe spécial a fait entrer dans son mandat les Conditions de 1988 en estimant que celles-ci constituaient une mesure "interdisant l'importation de saumons frais, réfrigérés ou congelés", sauf s'ils avaient été soumis au traitement thermique prescrit.⁴⁹ Nous rappelons que dans le cadre de son examen de la question de savoir si la mesure de l'Australie était compatible avec l'article 5:1, le Groupe spécial a considéré que la prohibition à l'importation et la prescription de traitement thermique étaient "les deux faces d'une seule et même réalité". Il a dit que la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés était une conséquence de l'obligation imposée par l'Australie pour des raisons sanitaires de soumettre les saumons à un traitement thermique préalablement à leur importation.⁵⁰

103. Nous ne partageons pas le point de vue du Groupe spécial. À notre avis, la mesure SPS en cause dans le présent différend *ne peut être que* la mesure qui est *effectivement* appliquée au produit en cause. Le produit en cause est le saumon frais, réfrigéré ou congelé et la mesure SPS applicable aux saumons frais, réfrigérés ou congelés est la prohibition à l'importation imposée en vertu de la Proclamation n° 86A. La prescription de traitement thermique imposée en vertu des Conditions de 1988 s'applique uniquement aux saumons fumés et aux œufs et laitances de saumon, et non pas aux saumons frais, réfrigérés ou congelés.

104. Nous ne partageons pas le point de vue du Groupe spécial selon lequel la prohibition à l'importation et la prescription de traitement thermique sont les "deux faces d'une même réalité". Le saumon fumé, d'une part, et le saumon frais, réfrigéré ou congelé, d'autre part, sont des produits différents et les mesures SPS appliquées aux uns et aux autres ne sont pas les deux faces d'une même réalité. Nous convenons avec l'Australie que la prohibition des importations de saumons *frais*,

⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.182.

⁴⁷ Réponses de l'Australie et du Canada aux questions posées au cours de l'audience.

⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.19.

⁴⁹ *Ibid.*, paragraphe 8.18.

⁵⁰ *Ibid.*, paragraphe 8.95.

réfrigérés ou congelés n'est pas une conséquence de l'obligation voulant que le saumon *fumé* subisse un traitement thermique. La prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés est une conséquence directe de l'application de la Proclamation n° 86A; cette prohibition n'a pas été abrogée, mais elle a à vrai dire été appliquée continuellement depuis 1975. De même, nous ne partageons pas le point de vue du Groupe spécial selon lequel les Prescriptions de 1996 s'appliquent aux saumons frais, réfrigérés ou congelés. Ces prescriptions ne s'appliquent manifestement qu'aux importations de petites quantités de saumon fumé.

105. Pour les raisons indiquées précédemment, nous infirmons les constatations établies par le Groupe spécial aux paragraphes 8.18 et 8.19 de son rapport et voulant que les Conditions de 1988 et les Prescriptions de 1996 fassent partie de son mandat. Nous concluons que la mesure SPS en cause dans le présent différend est la *prohibition des importations* de saumons frais, réfrigérés ou congelés, imposée en vertu de la Proclamation n° 86A, telle qu'elle a été confirmée par la Décision de 1996, plutôt que la prescription de traitement thermique énoncée dans les Conditions de 1988.

B. *Article 6 de l'Accord SPS*

106. La question que nous examinons ensuite est celle de savoir si le Groupe spécial a outrepassé son mandat en élargissant la portée de son examen de l'article 5 à l'article 6 de l'*Accord SPS*.

107. Dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial, le Canada a demandé que le Groupe spécial examine et constate ce qui suit:

- a) Les mesures australiennes sont incompatibles avec:
 - i) l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, et en particulier ses articles 2, 3 et 5;
 - ii) l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994, et en particulier ses articles XI et XIII.
- b) L'application des mesures australiennes annule ou compromet les avantages résultant pour le Canada de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.⁵¹

108. Dans le cadre de l'examen du troisième élément de l'article 5:5, à savoir l'existence d'une discrimination ou d'une restriction déguisée au commerce international résultant d'une distinction arbitraire ou injustifiable entre les niveaux de protection sanitaire appliqués dans des situations

⁵¹ WT/DS18/2, 10 mars 1997.

différentes, le Groupe spécial a tenu compte de trois "signaux d'alarme" et de trois "autres facteurs".⁵² Le troisième de ces "autres facteurs" concerne les doutes émis par le Groupe spécial quant à la question de savoir si l'Australie appliquait des normes sanitaires "aussi strictes" pour le transport de saumons à l'intérieur du pays que pour l'importation de saumons.⁵³ Dans le contexte de son examen succinct et peu concluant des contrôles internes concernant le transport de saumons, le Groupe spécial a noté:

... que les autres raisons citées par l'Australie pour justifier l'absence de restrictions internes au transport des produits à base de saumon, en particulier depuis le Victoria vers d'autres parties du pays ... sembleraient également valables pour justifier l'autorisation des *importations* de produits à base de saumon dans certaines parties de l'Australie.⁵⁴

109. Dans une note de bas de page relative à ce paragraphe, le Groupe spécial a parlé de l'article 6:1 de l'*Accord SPS* dans les termes suivants:

Nous notons à cet égard que l'article 6 de l'*Accord SPS* dispose ce qui suit: "Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires ... soient *adaptées aux caractéristiques sanitaires ... de la région ... de destination du produit – qu'il s'agisse de la totalité d'un pays, d'une partie d'un pays* ou de la totalité ou de parties de plusieurs pays. Pour évaluer les caractéristiques sanitaires ou phytosanitaires d'une région, les Membres tiendront compte, entre autres choses, du *degré de prévalence de maladies* ou de parasites *spécifiques*, de l'existence de programmes d'éradication ou de lutte, et des critères ou directives appropriés qui pourraient être élaborés par les organisations internationales compétentes."⁵⁵

110. Il n'est pas fait mention dans la demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par le Canada d'une allégation de violation de l'article 6 de l'*Accord SPS*. Le mandat du Groupe spécial est déterminé par la demande d'établissement d'un groupe spécial qui a été présentée par le Canada. Par conséquent, nous convenons avec l'Australie que l'article 6 de l'*Accord SPS* n'entre pas dans le mandat du Groupe spécial. Cependant, nous ne partageons pas le point de vue de l'Australie selon lequel le Groupe spécial a outrepassé son mandat en citant l'article 6:1 dans une note de bas de page relative au paragraphe dans lequel il a examiné une violation de l'article 5:5. Plus précisément, nous rejetons l'affirmation de l'Australie selon laquelle le Groupe spécial a établi une constatation implicite

⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.19

⁵³ *Ibid.*, paragraphe 8.155.

⁵⁴ *Ibid.*, paragraphe 8.156.

⁵⁵ *Ibid.*, note de bas de page 430.

d'incompatibilité avec l'article 6 simplement en citant l'article 6:1 dans une note de bas de page. À notre avis, la déclaration du Groupe spécial concernant l'article 6 - dans la note de bas de page 430 de son rapport - est de nature similaire à celle qui a été faite par le Groupe spécial chargé de l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses* au sujet des pouvoirs de l'Organe de supervision des textiles ("OSpT"). L'Inde a fait appel de cette déclaration, mais nous avons constaté qu'il s'agissait d'"une observation purement factuelle et gratuite donnant des indications sur la façon dont il interpr[était] le mode de fonctionnement de l'OSpT".⁵⁶ Nous n'avons pas estimé que cette déclaration était "une constatation ou conclusion juridique" que l'Organe d'appel "[pouvait] confirmer, modifier ou infirmer". De même, nous estimons en l'occurrence que la déclaration faite par le Groupe spécial dans la note de bas de page 430 de son rapport concernant l'article 6:1 de l'*Accord SPS* est une observation purement gratuite et non pas "une constatation ou conclusion juridique". En faisant ce genre d'observation, le Groupe spécial n'a pas outrepassé son mandat.

V. L'*Accord SPS*

A. *Observation préliminaire*

111. Le Groupe spécial a procédé à des analyses distinctes et établi des constatations distinctes concernant les saumons du Pacifique pêchés en mer et les autres saumons canadiens. S'agissant des autres saumons canadiens, le Groupe spécial a constaté que l'Australie avait agi de manière incompatible avec les articles 5:1 et 2:2 de l'*Accord SPS* en maintenant la mesure en cause sans même prétendre avoir procédé à une évaluation des risques ni s'appuyer sur une évaluation des risques.⁵⁷ Il n'a pas été fait appel de cette constatation. Le Groupe spécial a limité aux saumons du Pacifique pêchés en mer son complément d'examen et ses autres constatations de violation des dispositions des paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5 et, par conséquent, de violation des dispositions des paragraphes 2 et 3 de l'article 2 de l'*Accord SPS*.⁵⁸ Les trois sections suivantes (B, C et D de notre rapport), qui traitent de l'appel interjeté par l'Australie contre ces constatations, ne portent donc que sur les saumons du Pacifique pêchés en mer. L'appel interjeté par le Canada du fait que le Groupe spécial n'a pas établi de constatations au sujet des allégations formulées au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 relativement aux autres saumons canadiens est examiné dans la section E. L'appel interjeté par le Canada du fait que le Groupe spécial n'a pas établi de constatation au sujet de l'allégation qu'il a

⁵⁶ Rapport adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, page 20.

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.59.

⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.60.

formulée séparément au titre de la première phrase de l'article 2:3, relativement aux deux catégories de saumons, est examiné dans la section F.

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

112. Nous examinons d'abord la question de savoir si le Groupe spécial a fait fausse route lorsqu'il a constaté que la mesure en cause, pour autant qu'elle s'applique aux saumons du Pacifique pêchés en mer, n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques et de savoir si l'Australie a ainsi agi de manière incompatible avec l'article 5:1 et, par implication, avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

113. Le Groupe spécial a d'abord examiné la question de savoir si le Rapport final de 1996 était une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*. Il n'a pas établi de *constatation* au sujet de cette question mais il a *supposé*, aux fins de son complément d'examen, que le Rapport final de 1996 remplissait les conditions relatives à l'évaluation des risques. Il a ensuite examiné la question de savoir si la mesure SPS en cause qui était, à son avis, la prescription de traitement thermique, était établie sur la base du Rapport final de 1996, "la seule évaluation des risques présentée par l'Australie".⁵⁹ Au paragraphe 8.99 de son rapport, le Groupe spécial est parvenu à la conclusion que "la mesure en cause - pour autant qu'elle s'applique aux saumons du Pacifique pêchés en mer - n'est pas "établie sur la base" d'une évaluation des risques" et que, par conséquent, l'Australie a agi de manière incompatible avec l'article 5:1 et, par implication, avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.⁶⁰

114. L'Australie en appelle de la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause n'était pas établie sur la base d'une évaluation des risques. À son avis, cette constatation est infirmée par la conclusion du Groupe spécial selon laquelle la mesure SPS en cause est la prescription de traitement thermique plutôt que la prohibition à l'importation.

115. Nous rappelons que nous avons constaté que la mesure SPS en cause est la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés, et non pas la prescription de traitement thermique.⁶¹ La prohibition à l'importation est donc la mesure qui doit être examinée au titre de l'*Accord SPS*. Plus précisément, au titre de l'article 5:1, le Groupe spécial aurait dû déterminer si la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés était établie sur la base d'une évaluation des risques, au lieu d'examiner la question de savoir si la prescription de traitement

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.96.

⁶⁰ Il semble que le Groupe spécial n'ait pas jugé nécessaire d'établir une constatation définitive sur la question de savoir si le Rapport final de 1996 constituait une "évaluation des risques" après avoir conclu que la mesure en cause n'était pas établie sur la base d'une évaluation des risques.

⁶¹ *Supra*, paragraphe 105.

thermique était établie sur la base d'une évaluation des risques. Nous estimons que cela constitue une erreur de droit et c'est pourquoi nous infirmons la constatation établie par le Groupe spécial au paragraphe 8.99 selon laquelle la mesure SPS, telle qu'elle s'applique aux saumons du Pacifique pêchés en mer, n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques et selon laquelle l'Australie a agi de manière incompatible avec l'article 5:1 et, par implication, avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

116. Le Groupe spécial n'a pas examiné la question de savoir si la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés, la véritable mesure SPS en cause dans le présent différend, était établie sur la base d'une évaluation des risques, et le rapport du Groupe spécial ne renferme aucune constatation à ce sujet.

117. Nous connaissons les dispositions de l'article 17 du Mémoire d'accord qui précisent nos compétences et notre mandat. L'article 17:6 du Mémoire d'accord se lit ainsi: "L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci." À l'article 17:13 du Mémoire d'accord, il est dit: "L'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial." Dans certains appels, lorsque nous infirmons la constatation d'un groupe spécial sur un point de droit, nous pouvons examiner un point et statuer sur un point qui n'a pas été expressément abordé par le groupe spécial afin de compléter l'analyse juridique et de régler le différend entre les parties. Cela s'est produit, par exemple, dans le cadre des appels afférents aux affaires *États-Unis - Essence*⁶², *Canada - Certaines mesures concernant les périodiques*⁶³, *Communautés européennes - Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles* ("*Communautés européennes - Volailles*")⁶⁴ et *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*.⁶⁵

118. Comme nous avons infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure SPS en cause, assimilée à tort à la prescription de traitement thermique, n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques, nous estimons – pour autant qu'il est possible de le faire en s'appuyant sur les constatations de fait du Groupe spécial et/ou les faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial – que nous devrions compléter l'analyse juridique et nous prononcer sur la question de savoir si la véritable mesure SPS en cause, c'est-à-dire la *prohibition des importations* de saumons du

⁶² Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R, pages 21 et suivantes.

⁶³ Rapport adopté le 30 juillet 1997, WT/DS31/AB/R, pages 24 et suivantes.

⁶⁴ Rapport adopté le 23 juillet 1998, WT/DS69/AB/R, paragraphes 154 et suivants.

⁶⁵ WT/DS58/AB/R, daté du 12 octobre 1998, paragraphes 123 et suivants.

Pacifique frais, réfrigérés ou congelés, pêchés en mer, est établie sur la base d'une évaluation des risques.

119. Pour examiner la question de savoir si la prohibition à l'importation est compatible avec l'article 5:1, nous devons d'abord nous prononcer sur la question de savoir si le Rapport final de 1996 constitue effectivement, comme l'affirme l'Australie, une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*. Après une analyse détaillée des conditions posées par l'*Accord SPS* en matière d'évaluation des risques et une analyse détaillée de la question de savoir si le Rapport final de 1996 remplit ces conditions, le Groupe spécial *a supposé* – sans établir de constatation sur ce point – "que le Rapport final de 1996 satisfai[sait] aux prescriptions concernant l'évaluation des risques énoncées à l'article 5:1 et 5:2".⁶⁶ Nous estimons qu'il n'est pas opportun de fonder notre examen de l'article 5:1 sur la *supposition* faite par le Groupe spécial selon laquelle le Rapport final de 1996 est bien une évaluation des risques. Nous devons donc examiner cette question nous-mêmes. Cela est possible parce que le Groupe spécial a établi toutes les constatations de fait nécessaires pour nous permettre d'examiner la question de savoir si le Rapport final de 1996 remplit les conditions posées par l'article 5:1 de l'*Accord SPS* en matière d'évaluation des risques.

120. Deux types d'"évaluation des risques" sont définis au paragraphe 4 de l'annexe A de l'*Accord SPS*. Nous convenons avec le Groupe spécial que le type d'évaluation des risques requis en l'occurrence est le type défini dans la première partie du paragraphe 4 de l'annexe A⁶⁷, qui se lit ainsi:

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; (...).

121. Compte tenu de cette définition, nous estimons en l'occurrence qu'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;

⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.91 et 8.92.

⁶⁷ La mesure SPS en cause est une mesure qui protège la santé et la vie des personnes et des animaux des risques découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de maladies, plutôt que des risques découlant de la présence d'additifs, de contaminants, de toxines ou d'organismes pathogènes dans les produits alimentaires. Par conséquent, le type d'évaluation des risques requis est celui qui est défini dans la première partie, plutôt que dans la deuxième partie du paragraphe 4 de l'annexe A de l'*Accord SPS*.

- 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.*

122. Nous notons que le Groupe spécial a indiqué que les trois mêmes conditions devaient être remplies pour qu'il y ait évaluation des risques au sens de l'article 5:1 et de la première partie du paragraphe 4 de l'annexe A de l'*Accord SPS*.⁶⁸

123. Avant d'aborder la question de savoir si le Rapport final de 1996 remplit ces conditions, nous notons qu'il est question dans la première définition figurant au paragraphe 4 de l'annexe A d'évaluation de la "probabilité".⁶⁹ Dans notre rapport sur l'affaire *Communautés européennes - Hormones*, nous nous sommes référés au sens que donne le dictionnaire au mot "*probability*", défini dans les termes suivants ("*degrees of likelihood*" et "*a thing that is judged likely to be true*"), dans le but d'établir une distinction entre les termes "*potential*" et "*probability*".⁷⁰ En l'espèce, nous nous référons de la même manière au sens ordinaire de "*likelihood*" et nous estimons qu'il a le même sens

⁶⁸ Cependant, le critère élaboré par le Groupe spécial semble indiquer qu'il appartient au Membre qui impose la mesure SPS de procéder lui-même à l'évaluation des risques (rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.72). Le Groupe spécial s'est trompé sur ce point. Nous rappelons qu'au paragraphe 190 de notre rapport sur l'affaire *Communautés européennes - Hormones*, nous avons dit: "L'article 5:1 n'exige pas du Membre qui adopte une mesure sanitaire qu'il procède à sa propre évaluation des risques. Il exige uniquement que les mesures SPS "soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances ...". La mesure SPS peut fort bien trouver une justification objective dans une évaluation des risques qui a été effectuée par un autre Membre ou par une organisation internationale."

⁶⁹ Nous notons que le premier type d'évaluation des risques prévu au paragraphe 4 de l'annexe A diffère sensiblement du second type d'évaluation des risques prévu au même paragraphe. Alors que le second ne requiert que l'évaluation des effets négatifs que *pourraient* avoir sur la santé des personnes et des animaux (...), le premier type d'évaluation des risques exige une évaluation de la *probabilité* de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'une maladie et des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter. Étant donné le libellé fort différent qui a été utilisé au paragraphe 4 de l'annexe A pour les deux types d'évaluation des risques, nous estimons qu'il n'est pas indiqué de minimiser les différences sensibles qui existent entre ces deux types d'évaluation des risques, comme les Communautés européennes semblent vouloir le faire lorsqu'elles disent: "L'objet, le but et le contexte de l'*Accord SPS* indiquent que les rédacteurs de l'*Accord* n'ont pas pu souhaiter que le premier type d'évaluation des risques comporte un niveau de probabilité plus élevé que le second, car l'un et l'autre peuvent intéresser aussi bien la santé et la vie des personnes que la santé et la vie des personnes et des animaux ou la préservation des végétaux." (Communication des Communautés européennes en tant que participant tiers, paragraphe 7).

⁷⁰ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 184.

que "*probability*".⁷¹ Compte tenu de ces considérations ainsi que de la définition que donne l'Office international des épizooties ("OIE")⁷², aux termes "risque" et "évaluation des risques" et des *Lignes directrices de l'OIE pour l'évaluation des risques*⁷³, nous maintenons qu'il ne suffit pas, pour qu'une évaluation des risques corresponde au sens donné à cette expression à l'article 5:1 et dans la première définition figurant au paragraphe 4 de l'annexe A, que l'évaluation des risques conclue à la *possibilité* de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de maladies et des conséquences biologiques et économiques en résultant. Une bonne évaluation des risques de ce type doit évaluer la "probabilité" de l'entrée, de l'établissement ou de dissémination de maladies et des conséquences biologiques et économiques en résultant ainsi que la "probabilité" de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de maladies *en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées*.

124. Bien que le Groupe spécial ait dit que la définition d'une évaluation des risques pour ce type de mesure nécessitait une "évaluation de la probabilité", afin de satisfaire aux deuxième et troisième prescriptions⁷⁴, nous observons qu'il a hésité par la suite à imposer ces exigences, en indiquant ou en laissant entendre, aux paragraphes 8.80, 8.83, 8.89 et 8.91, qu'une *certaine* évaluation de la probabilité ("*likelihood*" ou "*probability*") serait suffisante. Nous estimons que cette hésitation est malencontreuse. Nous ne partageons pas l'opinion du Groupe spécial selon laquelle ce type d'évaluation des risques ne nécessite qu'une *certaine* évaluation de la probabilité ("*likelihood*" ou "*probability*"). Dans la définition de ce type d'évaluation des risques, au paragraphe 4 de l'annexe A, on peut lire "[é]valuation de la probabilité", et non pas une *certaine* évaluation de la probabilité. Cependant, nous ne contestons pas l'avis émis par le Groupe spécial au paragraphe 8.80 selon lequel l'*Accord SPS* n'exige pas que l'évaluation de la probabilité soit exprimée quantitativement. La probabilité peut être exprimée soit quantitativement, soit qualitativement. En outre, nous rappelons, comme l'a fait le Groupe spécial⁷⁵, que nous avons dit, dans le cadre de l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, qu'il n'est pas nécessaire qu'une évaluation des risques établisse un certain ordre de grandeur ou un certain seuil ou degré minimal de risque.⁷⁶

⁷¹ "*Likelihood: probability*", The Concise Oxford Dictionary of Current English (9^{ème} édition, Clarendon Press).

⁷² Code de l'OIE, Titre 1.1, Définitions, pages 15 et 8. Nous notons que l'article 5:1 dispose que l'évaluation des risques devrait "[tenir] compte ... des techniques d'évaluation des risques élaborées par les organisations internationales compétentes". En l'occurrence, l'organisation internationale compétente est l'OIE.

⁷³ Code de l'OIE, Chapitre 1.4.2, pages 37 et 38.

⁷⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.72.

⁷⁵ *Ibid.*, paragraphe 8.80.

⁷⁶ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 186.

125. Le Groupe spécial a ajouté à ces considérations la déclaration suivante:

... [N]ous estimons qu'une évaluation des risques, sur la base de laquelle on puisse établir une prohibition à l'importation conformément à l'article 5:1, ne peut partir de la notion de "risque zéro". S'il en était autrement, toutes les prohibitions à l'importation seraient établies sur la base d'une évaluation des risques puisqu'il y a toujours un risque (c'est-à-dire une *possibilité* de survenue d'événements indésirables), si mince soit-il, associé à la plupart (sinon à la totalité) des importations.⁷⁷

Dans la communication qu'elles ont présentée en tant que participant tiers, les Communautés européennes disent que cette déclaration les laisse perplexes. Elles craignent que ce qui a été affirmé par le Groupe spécial puisse être mal interprété et qu'on lui fasse dire que le "risque zéro" n'est pas un niveau de protection approprié que les Membres peuvent choisir aux termes de l'*Accord SPS*. Il n'a pas été interjeté appel de la déclaration du Groupe spécial citée plus haut; nous faisons simplement remarquer qu'il est important d'établir une distinction – en prenant peut-être plus de précautions que le Groupe spécial ne l'a fait – entre l'appréciation des "risques" dans le cadre de l'évaluation des risques et la détermination du niveau de protection approprié. Comme nous l'avons dit dans notre rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, le "risque" évalué dans le cadre d'une évaluation des risques doit être un risque vérifiable; l'incertitude théorique n'est pas le genre de risque qui doit être évalué aux termes de l'article 5:1.⁷⁸ Cela ne signifie pas, cependant, qu'un Membre ne peut déterminer que son niveau de protection approprié correspond à un "risque nul".

126. Si nous appliquons au Rapport final de 1996 le triple critère que nous avons énoncé au paragraphe 121 afin de déterminer si celui-ci est conforme aux exigences relatives à l'évaluation des risques au sens de l'article 5:1 et de la première définition figurant au paragraphe 4 de l'annexe A, nous notons que le Groupe spécial a constaté que le Rapport final de 1996 identifiait les maladies dont l'Australie voulait empêcher l'entrée, l'établissement ou la dissémination ainsi que les conséquences biologiques et économiques qui pourraient résulter de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de ces maladies. Le Groupe spécial a donc conclu que "le Rapport final de 1996 satisfai[sait] à la première prescription concernant l'évaluation des risques".⁷⁹ Nous sommes du même avis que le Groupe spécial.

127. S'agissant de la deuxième exigence relative au type d'évaluation des risques applicable en l'espèce, à savoir l'*évaluation de la probabilité* de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination

⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.81.

⁷⁸ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 186.

⁷⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.73.

des maladies constituant un sujet de préoccupation *et* des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter, nous notons que le Groupe spécial a dit, au paragraphe 8.82 de son rapport:

... que le Rapport final de 1996 utilis[ait] les mots "*probability*", "*possibility*" et "*likelihood*" à différentes reprises et évalu[ait] les éléments de probabilité pour *certaines* des maladies constituant un sujet de préoccupation.²⁷⁷ (non souligné dans l'original)

²⁷⁷ Lors de la réunion avec les experts consultés par le Groupe spécial, l'Australie a déclaré ce qui suit: "nous soutenons que nous avons effectué une évaluation des risques fondée sur des probabilités", et a donné à entendre qu'évaluer un risque comme étant faible ou mince constituait une déclaration de probabilité (Procès-verbal, paragraphe 155).

Après avoir cité quelques extraits du Rapport final de 1996 dans lesquels étaient évalués des éléments de probabilité⁸⁰, le Groupe spécial a conclu ainsi:

Considérant les éléments de preuve dont nous sommes saisis, nous constatons que le Rapport final de 1996 examine *certaines* éléments de probabilité comme de possibilité. Nous supposerons par conséquent - sans formuler de constatation sur ce point - qu'il satisfait aux prescriptions énoncées ci-dessus.⁸¹ (non souligné dans l'original)

128. Nous estimons cependant, compte tenu des faits, tels qu'ils ont été établis par le Groupe spécial, que celui-ci aurait pu et aurait dû arriver à la conclusion que le Rapport final de 1996 ne renfermait pas l'"évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination" des maladies constituant un sujet de préoccupation "et des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter", comme il est requis au paragraphe 4 de l'annexe A de l'*Accord SPS*. Comme nous l'avons déjà souligné, il ne suffit pas de procéder à une *certaine* évaluation de la probabilité.⁸²

129. Pour en arriver à la conclusion que le Rapport final de 1996 *ne* satisfait *pas* à la deuxième exigence relative au type d'évaluation des risques applicable en l'espèce, nous nous appuyons en particulier sur les constatations de fait établies par le Groupe spécial au paragraphe 8.83 de son rapport:

... que [le] Rapport [final de 1996] (comme l'ont indiqué plusieurs des experts consultés par le Groupe spécial²⁸⁴) accorde plus de poids aux éléments inconnus et incertains de l'évaluation que le projet de rapport de 1995 (sur lequel le Rapport final de 1996 est fondé). Cela

⁸⁰ Le Groupe spécial n'a cité qu'un passage du résumé analytique, deux extraits concernant deux maladies (*Aeromonas salmonicida* et *Parvicapsula sp.*) ainsi qu'un extrait des conclusions relatives aux agents pathogènes. Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.82.

⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.83.

⁸² *Supra*, paragraphe 124.

se traduit parfois par des déclarations générales et vagues évoquant une simple possibilité de survenue d'effets négatifs; déclarations qui ne constituent ni une évaluation quantitative, ni une évaluation qualitative de probabilité.²⁸⁵

²⁸⁴ Réponses de Mme Wooldridge, page 6, citées au paragraphe 8.76, et réponses de M. Rodgers, page 1 ("De ce fait, le projet de rapport de 1995 est plus utile en tant qu'évaluation interne des risques, puisqu'il "évalue" les données pour conclure à l'existence d'un risque négligeable, tout en reconnaissant que le risque global d'introduction de maladies ne peut pas être quantifié. Le Rapport final semble accorder plus de poids aux inconnues et, de ce fait, il est plus prudent, ce qui l'amène à conclure que le risque est plutôt "inacceptable" que "négligeable mais acceptable").

²⁸⁵ Cela a amené les experts consultés par le Groupe spécial sur ce point à la conclusion qu'à leur avis, le Rapport final de 1996 n'évalue *pas* de façon appropriée la probabilité comme il est requis. Voir la réponse de M. Burmaster à la question n° 1 du Groupe spécial, réponses de M. Burmaster, page 1; M. Rodgers, Procès-verbal, paragraphe 26 ("[Dans le rapport final de 1996], l'évaluation des risques a été établie maladie par maladie mais sous forme textuelle, et le rapport n'attribue aucune probabilité qui pourrait permettre d'arriver à une conclusion. A cet égard, par conséquent, il ne suffit peut-être pas, je pense, à déterminer une probabilité fondée sur les informations disponibles.") et Mme Wooldridge, Procès-verbal, paragraphe 55 ("...puisque [le Rapport final de 1996] n'examine que la possibilité -et non la probabilité- de conséquences indésirables de l'importation d'infection et de maladie, il ne satisfait en aucun cas, à mon avis, aux prescriptions essentielles d'une évaluation des risques").

130. Nous pouvons ajouter que l'existence d'éléments inconnus et incertains ne justifie pas que l'on déroge aux exigences des paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 5, lus dans le contexte du paragraphe 4 de l'annexe A, lorsqu'il s'agit de procéder à une évaluation des risques. Nous rappelons que l'article 5:2 dispose que, "dans l'évaluation des risques, les Membres tiendront compte des preuves scientifiques disponibles". Nous rappelons en outre qu'il est dit au paragraphe 2 de l'article 2, intitulé "Droits et obligations fondamentaux", que "les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ... soit fondée sur des principes scientifiques et ... ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5". Comme nous l'avons dit dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, "les articles 2:2 et 5:1 devraient toujours être lus ensemble. L'article 2:2 éclaire l'article 5:1: les éléments qui définissent l'obligation fondamentale énoncée à l'article 2:2 donnent un sens à l'article 5:1".⁸³

131. Nous arrivons donc à la conclusion que le Rapport final de 1996 *ne* satisfait *pas* à la deuxième exigence relative au type d'évaluation des risques applicable en l'espèce, c'est-à-dire l'évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de maladies constituant un sujet de préoccupation et des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter.

⁸³ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 180.

132. Nous examinons maintenant la troisième exigence relative à l'évaluation des risques au sens de l'article 5:1 et de la première définition figurant au paragraphe 4 de l'annexe A de l'*Accord SPS*, à savoir l'évaluation de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination d'une maladie *en fonction des mesures sanitaires qui pourraient être appliquées*. Nous convenons avec le Groupe spécial que les mesures qui pourraient être appliquées sont celles qui réduisent les risques constituant un sujet de préoccupation et qui sont désignées dans le Rapport final de 1996 comme étant des facteurs de réduction des risques. Nous notons que le Groupe spécial a observé qu'un grand nombre de facteurs différents de réduction des risques étaient examinés dans le Rapport final de 1996 pour chacune des 24 maladies constituant un sujet de préoccupation⁸⁴, et nous notons que le Groupe spécial a établi la constatation de fait suivante:

Pour la plupart de ces facteurs de réduction des risques, le Rapport final de 1996 fournit une *certaine* évaluation de la mesure dans laquelle ces facteurs sont susceptibles de réduire le risque.⁸⁵ (non souligné dans l'original)

133. S'agissant des options en matière de mesures quaranténaires considérées comme devant réduire le risque *total* associé à toutes les maladies constituant un sujet de préoccupation, le Groupe spécial en est arrivé aux constatations de fait suivantes:

... que le Rapport final de 1996 n'*évalue* pas en substance les risques relatifs associés à ces différentes options. Alors que la définition de l'évaluation des risques exige une "évaluation ... en fonction des mesures sanitaires ... qui pourraient être appliquées", *il indique ces mesures, mais n'apprécie ni n'évalue en substance leur efficacité relative pour réduire le risque global de maladies*.⁸⁶ (non souligné dans l'original)

Plus loin, le Groupe spécial a dit:

Considérant les éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous rappelons que le Rapport final de 1996 examine et, *dans une certaine mesure, évalue* plusieurs facteurs de réduction des risques, en particulier, maladie par maladie. Nous supposons par conséquent - sans formuler de constatation sur ce point - que le Rapport final de 1996 ... procède bien à cette évaluation en fonction et compte tenu des mesures ou options sanitaires - considérées comme devant

⁸⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.89. Ces facteurs de réduction des risques sont les suivants: "les restrictions applicables à la zone d'origine, à l'espèce d'origine, au stade de développement; la mise en quarantaine avant et après l'expédition; l'analyse du produit au moyen de tests très sensibles; le traitement, la maturation et le stockage pendant une durée et à une température précises; les traitements (par exemple, le chauffage, la désinfection); les restrictions de l'usage; la vaccination; et la certification".

⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.89.

⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.90.

réduire le risque allégué - qui pourraient être appliquées.⁸⁷ (non souligné dans l'original)

134. Nous estimons que cette supposition n'est pas justifiée par les constatations de fait établies par le Groupe spécial aux paragraphes 8.89 et 8.90 de son rapport. Compte tenu de ces constatations de fait, le Groupe spécial aurait dû parvenir à la conclusion que le Rapport final de 1996 ne satisfaisait pas à la troisième exigence relative au type d'évaluation des risques applicable en l'espèce, c'est-à-dire qu'il ne renfermait pas l'évaluation requise de la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination des maladies constituant un sujet de préoccupation en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées. Nous rappelons que, contrairement au Groupe spécial, nous estimons qu'il ne suffit pas de procéder à une *certaine* évaluation de la probabilité.⁸⁸

135. Nous concluons, compte tenu des constatations de fait établies par le Groupe spécial et des exigences relatives à l'évaluation des risques, telles qu'elles ont été exposées plus haut, que le Rapport final de 1996 ne satisfait ni à la deuxième ni à la troisième exigences relatives au type d'évaluation des risques applicable en l'espèce et, par conséquent, que le Rapport final de 1996 *ne constitue pas* une véritable évaluation des risques au sens de l'article 5:1 et de la première définition figurant au paragraphe 4 de l'annexe A.

136. Dans la mesure où nous avons constaté que le Rapport final de 1996 n'est pas une véritable évaluation des risques et puisqu'il représente la seule évaluation des risques qui a été communiquée par l'Australie, nous concluons que la mesure en cause, c'est-à-dire la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés, n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques, comme l'exige l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, et que l'Australie a donc agi de manière incompatible avec l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

137. Nous notons que le Groupe spécial, après avoir repris la déclaration que nous avons faite sur la relation entre l'article 2:3 et l'article 5:5 dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, a ajouté:

"... l'article 5:1 et 5:2 ..." peut être considéré comme traçant et jalonnant une voie menant à la même destination que celle qui est définie" à l'article 2:2. De fait, si une mesure sanitaire n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques, contrairement à ce qui est prescrit à l'article 5:1 et 5:2, cette mesure peut être présumée, de façon plus générale, ne pas être fondée sur des principes scientifiques ou être maintenue sans preuves scientifiques suffisantes.

⁸⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.91.

⁸⁸ *Supra*, paragraphe 124.

Nous concluons, en conséquence, que si nous constatons une violation de l'article 5:1 ou 5:2 plus spécifique, il peut être présumé que cette constatation laisse supposer qu'il y a violation des dispositions plus générales de l'article 2:2. Nous reconnaissons effectivement, en même temps, qu'étant donné le caractère plus général de l'article 2:2, les violations de cet article ne sont pas toutes visées à l'article 5:1 et 5:2.⁸⁹

138. Nous convenons avec le Groupe spécial et, par conséquent, concluons que, en maintenant une prohibition à l'importation de saumons du Pacifique frais, réfrigérés ou congelés, pêchés en mer, contrairement à l'article 5:1, l'Australie a, par implication, agi également de manière incompatible avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS*.

C. *Article 5:5 de l'Accord SPS*

139. Nous passons à l'examen de la question suivante, celle de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur de droit en constatant que l'Australie agissait de façon incompatible avec l'article 5:5 de l'*Accord SPS*.

140. S'appuyant sur notre rapport au sujet de l'affaire *Communautés européennes - Hormones*⁹⁰, le Groupe spécial a estimé ce qui suit:

... trois éléments sont nécessaires pour que l'action d'un Membre soit incompatible avec l'article 5:5:

- le Membre intéressé adopte des niveaux appropriés de protection sanitaire qui sont différents dans plusieurs "situations différentes";
- ces niveaux de protection présentent des différences qui sont "arbitraires ou injustifiables"; et
- la mesure concrétisant ces différences entraîne "une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international".⁹¹

141. Le Groupe spécial a constaté que les trois conditions étaient réunies et a, en conséquence, conclu ce qui suit:

Puisque chacun des trois éléments de l'article 5:5 est présent en l'espèce, nous constatons que l'Australie, en maintenant la mesure en cause, agit de façon incompatible avec les obligations qui lui

⁸⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.52.

⁹⁰ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 214.

⁹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.108.

incombent au titre de l'article 5:5. Étant donné que nous avons constaté précédemment que l'on peut présumer qu'une violation de l'article 5:5, plus spécifique, implique qu'il y a violation de l'article 2:3, plus général, nous constatons que l'Australie, dans cette mesure, agit aussi de façon incompatible avec l'article 2:3.⁹²

142. L'Australie fait appel de cette constatation d'incompatibilité avec l'article 5:5 et, par implication, avec l'article 2:3 de l'*Accord SPS*. Elle ne conteste pas le triple critère juridique utilisé par le Groupe spécial pour déterminer l'incompatibilité avec l'article 5:5, en tant que tel, mais estime que le Groupe spécial a commis un ensemble d'erreurs de droit lorsqu'il a interprété et appliqué ce critère.⁹³ L'Australie prétend que, de par la manière dont il a appliqué l'article 5:5, le Groupe spécial a outrepassé son mandat, qu'il a commis une erreur pour ce qui est de l'attribution et de l'application de la charge de la preuve, qu'il n'a pas procédé à une évaluation objective de la question comme il est prévu à l'article 11 du Mémorandum d'accord et qu'il a commis un certain nombre d'erreurs fondamentales en ce qui concerne l'interprétation et l'application de l'article 5:5. La première de ces allégations a été examinée dans la partie IV.A du présent rapport et les deuxième et troisième allégations font l'objet des sections A et B de la partie IV. La présente section est exclusivement consacrée aux erreurs de droit fondamentales que le Groupe spécial aurait commises, selon l'Australie, en ce qui concerne l'interprétation et l'application de chacun des trois éléments de l'article 5:5 de l'*Accord SPS*.

1. Premier élément de l'article 5:5

143. S'agissant du premier élément de l'article 5:5, à savoir l'existence de distinctions dans les niveaux de protection appropriés dans des situations différentes, le Groupe spécial a cité le passage de notre rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, où nous indiquions que "les situations ... ne [pouvaient] naturellement être comparées que si elles [étaient] comparables, c'est-à-dire si elles présent[aient] un ou plusieurs éléments communs suffisants pour les rendre comparables".⁹⁴ Le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

... dans les circonstances associées au présent différend, nous pouvons comparer des situations au titre de l'article 5:5 si ces situations comportent des risques *soit* "d'entrée, d'établissement ou de dissémination" de maladies identiques ou similaires, *soit* de "conséquences biologiques et économiques [pouvant] en résulter" qui

⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.160.

⁹³ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 146 et suivants.

⁹⁴ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 217.

sont identiques ou similaires, que ces risques découlent du même produit ou d'autres produits.⁹⁵ (non souligné dans l'original)

144. Compte tenu de ces considérations, le Groupe spécial a estimé que la prohibition à l'importation de saumons frais, réfrigérés ou congelés destinés à la consommation humaine *et* l'admission des importations de i) harengs du Pacifique, morues, églefins, anguilles du Japon et plies non cuits destinés à la consommation humaine; de ii) harengs du Pacifique, morues de l'Atlantique et du Pacifique, églefins, anguilles d'Europe et du Japon, et limandes-soles non cuits destinés à la consommation humaine; de iii) harengs entiers et congelés destinés à être utilisés comme appât ("harengs utilisés comme appât"); et de iv) poissons d'ornement vivants, étaient des situations "différentes" qui pouvaient être comparées au titre de l'article 5:5 de l'*Accord SPS*.⁹⁶

145. L'Australie prétend que le Groupe spécial a commis une erreur en estimant que des situations étaient "différentes", c'est-à-dire "comparables", si elles comportaient *soit* un risque d'entrée, d'établissement ou de dissémination d'une maladie identique ou similaire, *soit* un risque de "conséquences biologiques et économiques [pouvant] en résulter" qui étaient identiques ou similaires.⁹⁷ L'Australie considère que le sens attribué par le Groupe spécial au terme "risque" est contraire au sens ordinaire de ce terme utilisé dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'*Accord SPS*. Selon elle, le "risque" à examiner est celui qui est évalué pendant l'évaluation des risques, à savoir le risque d'entrée, d'établissement ou de dissémination de plusieurs maladies différentes *et* des conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter.⁹⁸

146. Les situations qui comportent un risque d'entrée, d'établissement ou de dissémination d'une maladie identique ou similaire ont suffisamment d'éléments communs pour être comparables au titre de l'article 5:5. De même, les situations où il y a un risque lié aux conséquences biologiques et économiques pouvant en résulter qui sont identiques ou similaires ont également suffisamment d'éléments communs pour être comparables au titre de l'article 5:5. En conséquence, nous estimons que, pour que des situations "différentes" soient comparables au titre de l'article 5:5, il n'est pas nécessaire que la maladie *et* les conséquences biologiques et économiques soient identiques ou similaires. Nous admettons que, comme l'a fait observer l'Australie, le risque qui doit être examiné dans une évaluation des risques, conformément à l'article 5:1 et à la première définition de l'évaluation

⁹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.117.

⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.121. Nous utilisons ci-après l'expression "autres poissons et produits à base de poisson" pour désigner ces groupes de produits d'importation.

⁹⁷ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 155 et suivants, renvoyant au Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.117.

⁹⁸ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 159 et suivants.

des risques donnée au paragraphe 4 de l'annexe A, est le risque lié à *la fois* à l'entrée, à l'établissement ou à la dissémination d'une maladie *et* aux conséquences biologiques et économiques qui pourraient en résulter. Nous ne voyons toutefois pas en quoi ce point peut entrer en ligne de compte s'agissant de la comparabilité de situations différentes au titre de l'article 5:5, question qui est examinée par le Groupe spécial. En conséquence, nous concluons que le Groupe spécial a eu raison d'indiquer que des situations peuvent être comparées au titre de l'article 5:5 si elles comportent *soit* un risque d'entrée, d'établissement ou de dissémination de maladies identiques ou similaires, *soit* un risque de "conséquences biologiques et économiques pouvant en résulter" qui sont identiques ou similaires.

147. En outre, nous notons que le Groupe spécial s'est demandé, dans chacune des quatre comparaisons, s'il y avait un risque d'entrée, d'établissement et de dissémination de maladies identiques ou similaires *et* si le risque lié aux conséquences biologiques et économiques pouvant en résulter était identique ou similaire.⁹⁹

148. L'Australie prétend également que le Groupe spécial a commis une erreur en examinant les conséquences biologiques et économiques de "l'introduction" de maladies plutôt que les conséquences biologiques et économiques "de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination" de maladies.¹⁰⁰ Selon elle, le fait que le Groupe spécial interprète l'expression "entrée, établissement ou dissémination" comme signifiant "introduction" est contraire aux dispositions de l'*Accord SPS* sur l'évaluation des risques, à savoir les paragraphes 1 à 3 de l'article 5 et l'annexe A.¹⁰¹ Nous notons qu'il apparaît clairement d'après le contexte de l'analyse pertinente à laquelle le Groupe spécial a procédé que celui-ci n'a utilisé le mot "introduction" qu'à titre de *raccourci pour l'expression* "entrée, établissement ou dissémination". Il a expressément défini les conséquences de l'introduction d'une maladie comme étant "les conséquences d'une maladie une fois qu'elle est établie dans un pays".¹⁰²

149. Nous notons en outre que, quand bien même il y aurait une différence entre les conséquences de "l'introduction d'une maladie" et les conséquences de "l'entrée, de l'établissement et de la dissémination d'une maladie", en ce qui concerne la comparabilité des situations au titre de l'article 5:5, rien ne nous oblige à tenir compte des secondes et pas des premières. Nous reconnaissons que la définition de l'évaluation des risques prévoit qu'une évaluation doit porter sur les conséquences de "l'entrée, de l'établissement et de la dissémination d'une maladie", mais nous ne voyons pas en quoi

⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.121.

¹⁰⁰ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 168, renvoyant au rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.121. Nous rappelons que les allégations de l'Australie concernant la charge de la preuve et l'article 11 du Mémoire d'accord sont examinées dans la Partie VI du présent rapport.

¹⁰¹ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 168.

¹⁰² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.121.

ce point peut entrer en ligne de compte s'agissant de la comparabilité de situations différentes au titre de l'article 5:5.

150. Enfin, l'Australie soutient que le Groupe spécial a commis une erreur en établissant que son examen de la comparabilité de situations différentes devait être circonscrit aux agents pathogènes dépistés de façon certaine. Selon l'Australie, le Groupe spécial a réduit le droit qu'elle avait d'adopter une approche prudente pour déterminer son propre niveau de protection approprié. L'Australie affirme que le Groupe spécial n'a pas interprété les dispositions de l'article 5:5 dans leur contexte ni à la lumière de l'objet et du but de l'*Accord SPS*. Selon elle, les termes "probabilité" et "pourraient" utilisés dans la définition de "évaluation des risques" donnée au paragraphe 4 de l'Annexe A, et les expressions "principes scientifiques" et "preuves scientifiques suffisantes" apparaissant à l'article 2:2 indiquent clairement que le droit fondamental conféré par l'*Accord SPS*, qui est énoncé à l'article 2:1, de prendre les mesures SPS nécessaires à la protection de la santé et de la vie des animaux n'est pas subordonné à l'existence de preuves scientifiques positives du dépistage de la maladie.¹⁰³

151. Nous notons que, contrairement à ce que prétend l'Australie, le Groupe spécial n'a pas circonscrit son examen au titre de l'article 5:5 aux maladies dépistées de façon certaine chez les saumons du Pacifique, frais, réfrigérés ou congelés, pêchés en mer. De fait, il ressort clairement de l'annexe 1 du rapport du Groupe spécial, intitulée "Les quatre comparaisons faites dans le cadre de l'article 5:5", que le Groupe spécial a examiné des maladies constituant un sujet de préoccupation qui, selon l'Australie, peuvent être véhiculées par des saumons du Pacifique, frais, réfrigérés ou congelés, pêchés en mer, mais qui n'ont pas été dépistées de façon certaine chez ce type de saumon.¹⁰⁴ Nous notons également que le Groupe spécial a expressément indiqué ce qui suit:

Dans la mesure où ces produits comme les produits à base de saumon soumis à plus ample examen sont connus pour être porteurs de l'un de ces agents pathogènes ou – pour ce qui est des produits à base de saumon – *entraîneront une préoccupation alléguée concernant cet agent pathogène*, ils peuvent être associés au même type de risque, à savoir un risque d'entrée, d'établissement ou de dissémination de cette maladie.¹⁰⁵ (non souligné dans l'original)

¹⁰³ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 181.

¹⁰⁴ Nous reconnaissons que le Groupe spécial a précisé ce qui suit dans la note de bas de page 469 de l'annexe 1: "Pour l'examen de la "présence de maladies" dans la présente annexe, nous avons essentiellement cherché à savoir si l'agent pathogène a été ou non détecté dans le produit considéré. Nous sommes conscients du fait qu'en agissant ainsi, nous simplifions la comparaison et que celle-ci pourrait être meilleure si nous disposions de davantage de données ...". Compte tenu des renseignements figurant dans l'annexe elle-même, cette note ne peut pas signifier que les maladies qui n'ont pas été dépistées de façon certaine n'ont pas été prises en considération.

¹⁰⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.119.

152. En outre, nous pensons que, pour que des situations soient comparables au titre de l'article 5:5, il suffit qu'elles aient en commun un risque d'entrée, d'établissement ou de dissémination d'une maladie constituant un sujet de préoccupation. Il n'est pas nécessaire que ces situations aient en commun un risque d'entrée, d'établissement ou de dissémination de *toutes* les maladies constituant un sujet de préoccupation. En conséquence, même si le Groupe spécial avait exclu du champ de son examen *certaines* maladies constituant un sujet de préoccupation qui n'ont pas été dépistées de façon certaine chez les saumons du Pacifique, frais, réfrigérés ou congelés, pêchés en mer, la constatation faite au paragraphe 8.121 au sujet des situations comparables au titre de l'article 5:5 ne se trouverait pas invalidée.

153. Nous confirmons donc la constatation formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.121 de son rapport, selon laquelle la prohibition à l'importation des saumons frais, réfrigérés ou congelés destinés à la consommation humaine *et* l'admission des importations d'autres poissons et produits à base de poisson étaient des situations "différentes" qui pouvaient être comparées au titre de l'article 5:5 de l'*Accord SPS*.¹⁰⁶

2. Deuxième élément de l'article 5:5

154. S'agissant du deuxième élément de l'article 5:5, à savoir l'existence de distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection appropriés dans des situations différentes, le Groupe spécial a tout d'abord relevé que, étant donné la différence dans les mesures sanitaires et les niveaux de protection correspondants appliqués aux produits à base de saumon, d'une part, et aux quatre autres catégories d'autres poissons et produits à base de poisson, d'autre part, on pouvait supposer que cette distinction se justifiait d'une certaine façon, par exemple par un risque plus élevé dans le cas des saumons importés.¹⁰⁷ Le Groupe spécial a toutefois noté ce qui suit:

¹⁰⁶ Nous notons que le Groupe spécial s'est ensuite demandé s'il y avait, dans chacune de ces situations "différentes", une distinction dans les niveaux de protection sanitaire. Au paragraphe 8.129, il a conclu ce qui suit:

... Nous supposons donc en l'espèce que la différence assez substantielle entre les mesures sanitaires imposées par l'Australie pour ... [les saumons du Pacifique pêchés en mer] (prohibition des importations) et celles qui sont imposées dans les quatre autres situations (importations autorisées souvent sans contrôle; ...) correspond effectivement, pour chacune des quatre comparaisons, à une différence dans les niveaux de protection que l'Australie estime appropriés au sens du premier élément de l'article 5:5.

Il n'est pas fait appel de cette constatation.

¹⁰⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.133.

... les arguments, rapports, études et opinions d'experts qui nous ont été présentés à cet égard, au lieu d'indiquer que le risque lié ... [aux saumons du Pacifique pêchés en mer] est *plus élevé*, ce qui justifierait les mesures sanitaires plus strictes imposées pour ces produits, donnent tous des éléments de preuve permettant de supposer que les deux catégories d'espèces autres que les salmonidés [les harengs utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants], auxquelles s'appliquent des mesures sanitaires moins rigoureuses, présentent un risque au moins aussi élevé, sinon plus élevé, que le risque associé ... [aux saumons du Pacifique pêchés en mer].¹⁰⁸

155. Le Groupe spécial a donc constaté, sur la base des preuves à sa disposition, que les distinctions dans les niveaux de protection sanitaire correspondant au traitement réservé par l'Australie aux saumons du Pacifique pêchés en mer, d'une part, et aux harengs utilisés comme appât et aux poissons d'ornement vivants, d'autre part, étaient "arbitraires ou injustifiables" au sens du deuxième élément contenu à l'article 5:5.¹⁰⁹

156. L'Australie prétend que le Groupe spécial a commis une erreur en établissant que son examen au titre du deuxième élément de l'article 5:5 devait être circonscrit exclusivement aux agents pathogènes dépistés de façon certaine chez les saumons du Pacifique pêchés en mer. L'Australie soulève à cet égard les mêmes objections que celles qu'elle a présentées à propos du premier élément susvisé.¹¹⁰

157. Nous ne sommes pas d'accord avec l'Australie lorsqu'elle affirme que le Groupe spécial a exclu du champ de l'examen qu'il a effectué au titre de l'article 5:5 des maladies constituant un sujet de préoccupation qui n'ont pas été dépistées de façon certaine chez les saumons du Pacifique pêchés en mer. Le Groupe spécial a précisément tenu compte de maladies qui n'ont pas été dépistées de façon certaine chez les saumons du Pacifique pêchés en mer, mais qui ont été détectées dans les harengs utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants.¹¹¹ Nous relevons en outre que l'inclusion dans le champ de l'examen mené au titre du deuxième élément de l'article 5:5 de *toutes* les maladies constituant un sujet de préoccupation qui n'ont pas été dépistées de façon certaine chez les saumons du Pacifique pêchés en mer aurait logiquement conduit à l'incorporation de toutes les maladies constituant un sujet de préoccupation qui n'ont pas été dépistées de façon certaine chez les harengs utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants. Compte tenu du manque de données scientifiques fiables, cet exercice aurait largement reposé sur des spéculations et, qui plus est, n'aurait

¹⁰⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.134.

¹⁰⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.141.

¹¹⁰ *Supra*, paragraphe 150.

¹¹¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.140.

sans doute pas modifié la constatation faite par le Groupe spécial au paragraphe 8.141 au sujet du caractère "arbitraire ou injustifiable" des distinctions dans les niveaux de protection.

158. L'Australie a établi explicitement que son niveau de protection approprié en ce qui concerne les saumons du Pacifique pêchés en mer était "un niveau de protection sanitaire élevé ou correspondant à une approche "très prudente", visant à ramener le risque à des "niveaux très faibles", "bien que n'étant pas fondé sur une approche correspondant à un risque zéro"". ¹¹² Le niveau de protection qui ressort du traitement accordé par l'Australie aux harengs utilisés comme appât et aux poissons d'ornement vivants est sans aucun doute plus bas. Nous prenons note de la constatation factuelle du Groupe spécial selon laquelle on peut supposer que les harengs utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants présentent un risque au moins aussi élevé, sinon plus élevé, que le risque associé aux saumons du Pacifique pêchés en mer. ¹¹³ Par conséquent, nous confirmons la constatation faite par le Groupe spécial au paragraphe 8.141 de son rapport, selon laquelle le deuxième élément de l'article 5:5 est présent.

3. Troisième élément de l'article 5:5

159. S'agissant du troisième élément de l'article 5:5, à savoir que les distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection entraînent une "discrimination ou une restriction déguisée au commerce international", nous notons que le Groupe spécial a identifié trois "signaux d'alarme" ainsi que trois "autres facteurs touchant davantage au fond" ("facteurs additionnels"). ¹¹⁴ Le Groupe spécial a estimé qu'il pouvait tenir compte de chacun de ces "signaux d'alarme" et "facteurs additionnels" pour prendre sa décision au sujet du troisième élément de l'article 5:5. Au paragraphe 8.159 de son rapport, il a arrivé à la conclusion suivante:

Sur la base de tous les "signaux d'alarme" et facteurs mentionnés ci-dessus, *considérés de façon cumulative*, ... les distinctions dans les niveaux de protection imposés par l'Australie pour ... [les saumons du Pacifique pêchés en mer], d'une part, et les harengs ... utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants d'autre part, ... entraînent "une restriction déguisée au commerce international" au sens du troisième élément de l'article 5:5. ¹¹⁵ (non souligné dans l'original)

¹¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.107.

¹¹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.134 cité dans la partie pertinente du paragraphe 154 du présent rapport.

¹¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.149 et 8.158.

¹¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.159.

160. L'Australie affirme que le Groupe spécial a commis un certain nombre d'erreurs de droit fondamentales en utilisant ces "signaux d'alarme" et "facteurs additionnels" pour arriver à sa conclusion au sujet du troisième élément de l'article 5:5.¹¹⁶

161. Le premier "signal d'alarme" examiné par le Groupe spécial est le caractère arbitraire ou injustifiable des différences dans les niveaux de protection.¹¹⁷ Le Groupe spécial a noté que nous avons dit ce qui suit dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*:

... le caractère arbitraire ou injustifiable des différences dans les *niveaux de protection* [...] peut dans la pratique servir de "signal d'alarme" indiquant que la *mesure* de mise en œuvre lors son application *pourrait* être une mesure discriminatoire ou *pourrait* être une restriction déguisée au commerce international en tant que mesure SPS destinée à assurer la protection de la santé ou de la vie des personnes".¹¹⁸

En conséquence, le Groupe spécial a estimé ce qui suit:

... dans le présent différend, ... le caractère arbitraire des différences dans les niveaux de protection est un "signal d'alarme" indiquant que la mesure en cause entraîne "une restriction déguisée au commerce international".¹¹⁹

162. Selon l'Australie, le Groupe spécial a commis une erreur en accordant au premier "signal d'alarme" le statut de preuve établissant que la mesure entraîne une restriction déguisée au commerce international.¹²⁰ Nous notons cependant qu'il ressort clairement du rapport du Groupe spécial et, en particulier, de la référence à notre rapport concernant l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, que le Groupe spécial considère le caractère arbitraire ou injustifiable des différences dans les niveaux de protection comme un "signal d'alarme", et non pas comme une "preuve" de l'existence d'une restriction déguisée au commerce international.¹²¹

¹¹⁶ L'Australie allègue également que le Groupe spécial a outrepassé son mandat, a violé les règles relatives à la charge de la preuve et n'a pas procédé à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord. Ces allégations sont examinées dans la section B de la partie IV et les sections A et B de la partie VI.

¹¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.149.

¹¹⁸ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 215.

¹¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.149.

¹²⁰ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 216.

¹²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.149.

163. Le deuxième "signal d'alarme" examiné par le Groupe spécial est la *différence assez substantielle* dans les niveaux de protection entre la prohibition des importations de saumons du Pacifique pêchés en mer et l'admission des importations de harengs utilisés comme appât et de poissons d'ornement vivants.¹²² Le Groupe spécial a noté que, dans l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, nous avons déclaré ce qui suit:

... le degré de différence, ou l'ampleur de la divergence, dans les niveaux de protection, *n'est qu'un type de facteur* qui, parmi d'autres, peut, par un effet de cumul, amener à la conclusion qu'une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international résulte en fait de l'application d'une mesure".¹²³ (non souligné dans l'original)

Sur la base de ces éléments, le Groupe spécial a déclaré ce qui suit:

... nous estimons que la différence assez substantielle dans les niveaux de protection est l'un des facteurs dont nous devons tenir compte pour nous prononcer sur la question de savoir si la mesure en cause entraîne "une restriction déguisée au commerce international", comme le fait valoir le Canada.¹²⁴

164. L'Australie soutient que ce deuxième "signal d'alarme" est de fait de même nature que le premier et qu'il ne devrait donc pas en être tenu compte.¹²⁵ Nous notons cependant qu'en l'espèce, le degré de différence dans les niveaux de protection (prohibition par opposition à admission) est effectivement, comme le Groupe spécial l'a déclaré, "assez substantiel". Nous estimons donc qu'il est légitime de considérer cette différence comme un signal d'alarme distinct.

165. Le troisième "signal d'alarme" examiné par le Groupe spécial est l'incompatibilité de la mesure SPS en cause avec les articles 5:1 et 2:2 de l'*Accord SPS*. À propos de la constatation d'incompatibilité avec les articles 5:1 et 2:2 qu'il avait formulée précédemment, le Groupe spécial a estimé ce qui suit:

[elle] ... peut, associé[e] à d'autres facteurs, permettre de conclure que la mesure en cause entraîne une "restriction déguisée au commerce international". En fait, compte tenu de ces violations de l'article 5:1 et de l'article 2:2, il semblerait que la mesure en cause constitue une prohibition des importations, c'est-à-dire une restriction du commerce

¹²² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.150.

¹²³ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, paragraphe 240.

¹²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.150.

¹²⁵ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 217.

international, "déguisée" en mesure sanitaire. Nous soulignons cependant que ce "signal d'alarme" supplémentaire, en tant que tel, ne peut suffire à conclure que la mesure entraîne une "restriction déguisée au commerce international".¹²⁶

166. L'Australie s'oppose à ce que cette incompatibilité soit utilisée comme un signal d'alarme dans le contexte du troisième élément de l'article 5:5.¹²⁷ Elle affirme que l'incompatibilité avec l'article 5:1 ne peut "présumer" d'une constatation ou empêcher une constatation au titre de l'article 5:5. Nous notons que lorsqu'il est constaté qu'une mesure SPS n'est pas établie 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 - soit parce qu'il n'y a pas eu d'évaluation des risques soit parce que l'évaluation a été insuffisante -, tout porte à croire que cette mesure n'a pas réellement pour objet de protéger la santé ou la vie des personnes et des animaux ou de préserver les végétaux, mais qu'il s'agit plutôt d'une restriction au commerce ayant l'apparence d'une mesure SPS, autrement dit d'une "restriction déguisée au commerce international". En conséquence, nous estimons que la constatation d'incompatibilité avec l'article 5:1 est un signal d'alarme approprié pour déceler une "restriction déguisée au commerce international".

167. Le premier "facteur additionnel" examiné par le Groupe spécial est le fait que les deux mesures SPS substantiellement différentes appliquées par l'Australie (prohibition des importations par opposition à admission des importations) aboutissent à une discrimination entre les saumons, d'une part, et les harengs utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants, d'autre part. Selon le Groupe spécial, la notion de "restriction déguisée au commerce international" figurant à l'article 5:5 inclut notamment les restrictions constituant une discrimination arbitraire ou injustifiable entre certains produits.¹²⁸

168. L'Australie affirme que ce premier "facteur additionnel" n'est qu'une combinaison des deux premiers "signaux d'alarme" et qu'il ne constitue donc pas une "preuve additionnelle". Elle prétend en outre que ce premier "facteur additionnel" repose sur une analogie malvenue avec l'article III du GATT de 1994 et sur une mauvaise compréhension du terme discrimination qui, dans le cadre de l'article 5:5, s'entend d'une discrimination entre pays.¹²⁹ Selon l'Australie, le premier "facteur additionnel" ne devrait donc pas être pris en compte.

¹²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.151.

¹²⁷ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 218 et 273 à 276.

¹²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.153.

¹²⁹ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 219 et 277 à 280.

169. Nous pensons que le premier "facteur additionnel" ne devrait effectivement pas être pris en compte dans l'examen du troisième élément de l'article 5:5. Toutes les "distinctions arbitraires ou injustifiables" dans les niveaux de protection aboutiront logiquement à une discrimination entre les produits, que ceux-ci soient identiques (par exemple, discrimination des importations de saumons en provenance de différents pays ou entre les saumons importés et les saumons d'origine nationale) ou différents (par exemple, les saumons par opposition aux harengs utilisés comme appât et poissons d'ornement vivants). Ce premier "facteur additionnel" n'est donc pas différent du premier signal d'alarme et ne devrait pas être pris en compte en tant que *facteur distinct* pour déterminer si une mesure SPS entraîne une "restriction déguisée au commerce international".

170. Le deuxième "facteur additionnel" examiné par le Groupe spécial est la différence substantielle, mais inexplicée, intervenue entre la conclusion du projet de rapport de 1995 (dans lequel il est recommandé d'autoriser l'importation de saumons du Pacifique pêchés en mer dans certaines conditions) et celle du Rapport final de 1996 (dans lequel il est recommandé de maintenir l'interdiction des importations). Le Groupe spécial a donné à entendre que la raison décisive du renversement du projet de recommandation de 1995 "pouvait bien avoir été inspirée par des pressions intérieures visant à protéger l'industrie australienne du saumon contre la concurrence des importations".¹³⁰

171. L'Australie prétend que le Groupe spécial a commis une erreur en considérant cette différence comme un facteur devant être pris en compte dans le cadre de l'examen du troisième élément de l'article 5:5. Elle affirme que le Groupe spécial a incorrectement accordé à un projet de recommandation le statut de mesure SPS et qu'on ne trouve dans l'*Accord SPS* aucune disposition obligeant les Membres de l'OMC à appliquer des projets de recommandations en l'absence de nouvelles preuves scientifiques. Elle prétend, par ailleurs, que le Groupe spécial a refusé de tenir compte des arguments et éléments de preuve qu'elle présentait au sujet du rôle des projets de rapports et des projets de recommandations dans le processus de prise de décisions des pouvoirs publics. Elle affirme qu'il a mal interprété les raisons de l'introduction de la Proclamation n° 86A. À son sens, le Groupe spécial a également commis une erreur en faisant des suppositions au sujet de l'existence de pressions et du rôle qu'elles auraient joué dans la décision australienne d'adopter le Rapport final de 1996.¹³¹

172. Nous estimons que les arguments de l'Australie ne sont pas fondés. Premièrement, nous notons que le paragraphe 1 de l'annexe A de l'*Accord SPS* définit une mesure sanitaire du type de celle

¹³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.154.

¹³¹ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 281 à 289.

qui est en cause dans le présent différend comme étant une mesure appliquée pour protéger, sur le territoire d'un Membre, la santé et la vie des animaux des risques découlant de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de maladies. À la lumière de cette définition, le Groupe spécial a eu raison de considérer que la recommandation formulée dans le projet de rapport de 1995 visant à autoriser *dans certaines conditions* l'importation de saumons du Pacifique pêchés en mer était une recommandation correspondant à une mesure SPS.

173. Deuxièmement, nous notons que le Groupe spécial n'a jamais indiqué que les Membres de l'OMC étaient obligés d'appliquer des projets de recommandations en l'absence de nouvelles preuves scientifiques. Il n'a pas institué d'obligation de ce type. Nous notons qu'il a expressément reconnu que le renversement, substantiel mais inexpliqué, du projet de recommandation de 1995 ne constituait pas, en lui-même, une preuve suffisante du fait que la mesure entraînait "une restriction déguisée" au commerce.¹³² Le Groupe spécial a simplement estimé qu'il pouvait "en être tenu compte, de façon cumulative, avec les autres facteurs" dans l'examen mené au titre du troisième élément de l'article 5:5. Nous partageons le point de vue du Groupe spécial. Nous ne souscrivons pas à la critique formulée par l'Australie au sujet de l'utilisation par le Groupe spécial du projet de rapport de 1995, projet que le Groupe spécial a considéré à raison comme "une partie de l'architecture" ou "un élément d'un processus"¹³³ qui devait conduire à l'élaboration du Rapport final de 1996. Par ailleurs, nous ne saisissons pas le rapport existant entre les circonstances historiques qui ont conduit à l'introduction de la Proclamation n° 86A en 1975 et l'examen des différences substantielles entre la conclusion du projet de rapport de 1995 et celle du Rapport final de 1996.

174. Le troisième "facteur additionnel" examiné par le Groupe spécial est la différence entre l'absence de contrôles en ce qui concerne le transport des produits à base de saumon à l'intérieur du pays et la prohibition des importations de saumons du Pacifique pêchés en mer.¹³⁴ Le Groupe spécial n'a pas formulé de conclusion quant à l'existence ou à la nature de cette différence alléguée, mais il a estimé qu'il "[pouvait] tenir compte, de façon cumulative avec d'autres facteurs, [des doutes qui lui faisaient se demander si l'Australie appliquait des normes sanitaires aussi strictes] bien qu'ils ne soient probablement pas concluants en eux-mêmes, pour [se] prononcer sur la question de savoir si la mesure en cause entraîn[ait] "une restriction déguisée au commerce international"¹³⁵.

¹³² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.154.

¹³³ Rapport du Groupe spécial, note de bas de page 418.

¹³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.155.

¹³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.158.

175. L'Australie affirme que le Groupe spécial a commis une erreur en laissant entendre que la compatibilité avec l'article 5:5 exigeait soit des restrictions concernant le transport de produits à base de saumon à l'intérieur de l'Australie, soit le zonage des importations en Australie pour accorder un accès aux saumons du Pacifique pêchés en mer.¹³⁶

176. Nous notons que, comme l'a reconnu l'Australie¹³⁷, le Groupe spécial n'a pas conclu que l'absence alléguée de contrôles internes constituait une violation de l'article 5:5 ou de toute autre disposition de l'*Accord SPS*. Le Groupe spécial a simplement dit qu'il doutait que l'Australie applique des normes sanitaires aussi strictes au transport de produits à base de saumon à l'intérieur du pays qu'aux importations de produits à base de saumon et a estimé qu'il s'agissait d'*un* facteur qui pouvait être pris en compte dans le cadre de l'examen mené au titre du troisième élément de l'article 5:5. Nous estimons que ces doutes n'ont guère de poids, mais nous convenons avec le Groupe spécial qu'ils peuvent toutefois être pris en considération.¹³⁸

177. Dans l'analyse qui précède, nous avons confirmé les constatations faites par le Groupe spécial au sujet des premier, deuxième et troisième "signaux d'alarme" ainsi que des deuxième et troisième "facteurs additionnels". Nous n'avons infirmé que la constatation du Groupe spécial se rapportant au premier "facteur additionnel". Nous estimons toutefois que cette infirmation n'altère pas la validité de la conclusion formulée par le Groupe spécial au paragraphe 8.159 de son rapport, selon laquelle les "signaux d'alarme" et les "autres facteurs", *considérés de façon cumulative*, permettent d'aboutir à la conclusion que les distinctions dans les niveaux de protection imposés par l'Australie entraînent une restriction déguisée au commerce international.

178. En conséquence, nous confirmons la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'Australie, en maintenant la mesure en cause, a agi de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent au titre de l'article 5:5 et, par implication, au titre de l'article 2:3 de l'*Accord SPS*.¹³⁹

D. Article 5:6 de l'Accord SPS

179. Nous passons ensuite à la question de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur en constatant que la mesure SPS en cause était "plus restrictive pour le commerce qu'il n'[était] requis"

¹³⁶ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 290.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Le fait que ces doutes peuvent être pris en compte dans l'examen visant à déterminer l'existence d'une discrimination au regard de l'article 5:5 ne préjuge en rien de la question de savoir s'il y a ou non violation de la première phrase de l'article 2:3. Ce point sera examiné à la section F de la partie V du présent rapport.

¹³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.160.

pour obtenir le niveau de protection sanitaire que l'Australie jugeait approprié et, par conséquent, que l'Australie agissait de façon incompatible avec l'article 5:6 de l'*Accord SPS*.

180. Après avoir noté que l'article 5:6 devait être lu dans son contexte et, en particulier, à la lumière de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*¹⁴⁰, le Groupe spécial a fait porter son attention sur la note de bas de page relative à l'article 5:6.¹⁴¹ D'après le Groupe spécial, cette note de bas de page établit qu'une mesure SPS n'est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis" que s'il existe une autre mesure SPS:

- 1) qui est "raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique";
- 2) qui "permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire ... approprié [de l'Australie]";
et
- 3) qui soit "sensiblement moins restrictive pour le commerce" que la mesure sanitaire contestée.

Le Groupe spécial a estimé que ces trois éléments étaient par définition cumulatifs.¹⁴²

181. Appliquant ce triple critère aux faits en cause en l'espèce, le Groupe spécial a d'abord rappelé que, dans le Rapport final de 1996, cinq options possibles, allant du traitement thermique à la simple éviscération, étaient définies en matière de mesures quaranténaires. Il s'agit des options suivantes:

1. Autoriser l'importation de produits ayant effectivement subi un traitement thermique pour éliminer les agents pathogènes qui constituent un sujet de préoccupation
 - les produits pourraient être traités avant l'exportation;
ou
 - ils pourraient être traités à l'arrivée avant leur distribution générale.
2. Appliquer intégralement ou partiellement les recommandations du rapport de la BRS intitulé "Mise en quarantaine des animaux aquatiques en Australie – Rapport du Groupe de travail scientifique de la mise en quarantaine des animaux aquatiques" [autoriser les importations de saumons, sous réserve notamment

¹⁴⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.165.

¹⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.167.

¹⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.167.

de certaines prescriptions en matière de certification et d'inspection et seulement après éviscération, sous forme de filets].

3. Autoriser l'importation de filets préparés pour la vente au détail, pour distribution sous forme crue dans des conditions précises.
4. Appliquer les recommandations du projet révisé de 1995 d'analyse des risques liés à l'importation de l'AQIS, c'est-à-dire autoriser l'importation de produits étêtés, sans branchies et éviscérés dans des conditions précises
5. Autoriser l'importation de produits conformes aux normes internationales en vigueur pour le commerce des produits à base de saumon destinés à la consommation humaine, c'est-à-dire les recommandations de l'OIE selon lesquelles les produits doivent être éviscérés, aucune autre mesure visant à réduire les risques n'étant nécessaire.¹⁴³

182. Le Groupe spécial s'est ensuite demandé si l'une des quatre dernières options en matière de mesures quaranténaires (options 2 à 5, "les quatre options") satisfaisait aux trois éléments du critère énoncés dans la note de bas de page relative à l'article 5:6. Il a exclu l'option 1, car elle se rapportait à la prescription en matière de traitement thermique qui, constituait, selon lui, la mesure SPS au regard de laquelle les quatre autres options devaient être examinées.

183. S'agissant du premier élément du critère visé à l'article 5:6, c'est-à-dire la question de savoir s'il existe une autre mesure SPS qui est "raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique", le Groupe spécial a noté que les quatre options étaient présentées dans le Rapport final de 1996 comme des options "qui méritaient d'être examinées", et il a constaté que "cela permet[tait] de supposer que, dans le Rapport final de 1996, les quatre autres mesures possibles ... étaient présentées comme des options techniquement et économiquement faisables". En conséquence, le Groupe spécial a conclu que le premier élément du critère visé à l'article 5:6 était présent.¹⁴⁴

184. S'agissant du deuxième élément, c'est-à-dire la question de savoir si l'une de ces quatre options en matière de mesures quaranténaires "permet d'obtenir le niveau de protection sanitaire approprié de l'Australie", le Groupe spécial a posé la prémisse suivante:

... le *niveau* de protection que suppose et que reflète une *mesure* ou un régime sanitaire imposé par un Membre de l'OMC est au moins aussi

¹⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.168, où figure la liste des options en matière de mesures quaranténaires indiquées dans le Rapport final de 1996, page 62.

¹⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.171.

élevé que le niveau de protection considéré *approprié* par ce Membre.¹⁴⁵

Sur cette base, il a déclaré ce qui suit:

... Pour déterminer si l'une des autres mesures permet d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie, nous devons [...] examiner si ces mesures permettent d'obtenir le niveau de protection actuellement atteint grâce à la mesure en cause.¹⁴⁶

Selon le Groupe spécial, le "niveau de protection jugé approprié par l'Australie pour les saumons du Pacifique pêchés en mer peut donc être présumé être au moins aussi élevé que le niveau de protection que suppose la mesure actuellement imposée qui, de l'avis du Groupe spécial, est en fait et dans une perspective sanitaire la prescription en matière de traitement thermique."¹⁴⁷

185. Poursuivant ce raisonnement et centrant son attention sur la deuxième option en matière de mesure quarantenaire, à savoir la certification, l'inspection, l'éviscération et le filetage, le Groupe spécial a constaté qu'il existait d'autres mesures SPS qui permettraient d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie.¹⁴⁸ En conséquence, il a conclu que le deuxième élément du critère visé à l'article 5:6 était présent.¹⁴⁹

186. S'agissant du troisième élément, c'est-à-dire la question de savoir si l'une des quatre options en matière de mesure quarantenaire est sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure SPS en vigueur, le Groupe spécial a indiqué que ces quatre autres options "autoriserai[ent] les importations" de saumons du Pacifique pêchés en mer, pour autant que certaines conditions spécifiques soient respectées, alors que la mesure SPS qui était appliquée équivalait à une "prohibition

¹⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.173.

¹⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.173. *Voir également* le paragraphe 8.175, dans lequel le Groupe spécial a indiqué ce qui suit:

Nous rappelons ... que, pour déterminer si l'une des autres mesures permet d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie, nous devons examiner si ces mesures permettent d'obtenir le niveau de protection actuellement atteint grâce à la mesure en vigueur (en fait, les prescriptions en matière de traitement thermique établies dans les Conditions de 1988) ...

¹⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.173.

¹⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.176.

¹⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.181.

pure et simple". En conséquence, il a conclu que le troisième élément du critère visé à l'article 5:6 était également présent.¹⁵⁰

187. Ayant constaté que chacun des trois éléments du critère visé à l'article 5:6 était présent, le Groupe spécial est parvenu à la conclusion que l'Australie, en maintenant la mesure en cause, agissait de façon incompatible avec l'article 5:6.¹⁵¹

188. Nous notons que, pendant l'examen de l'allégation du Canada au titre de l'article 5:6, le Groupe spécial s'est référé à sa constatation antérieure¹⁵² selon laquelle "la mesure faisant l'objet du différend [était] incompatible avec l'article 2:2", et a décidé en conséquence qu'il "n'examiner[ait] pas plus avant le lien juridique entre les articles 5:6 et 2:2".¹⁵³

189. L'Australie fait appel de la constatation d'incompatibilité avec l'article 5:6. Elle ne s'inscrit pas en faux contre le triple critère juridique visé à l'article 5:6 tel qu'il est exposé par le Groupe spécial. Elle affirme toutefois que le Groupe spécial a commis une erreur de droit, notamment de par la manière dont il a examiné le deuxième élément du critère visé à l'article 5:6, c'est-à-dire la question de savoir si l'une des quatre options permet d'obtenir le niveau de protection sanitaire jugé approprié par l'Australie.¹⁵⁴

190. Selon l'Australie, le Groupe spécial a qualifié inexactement la mesure existante qui permet actuellement d'obtenir le niveau de protection qu'elle jugeait approprié. Elle affirme que le Groupe spécial a en fait déterminé que le niveau de protection qu'elle jugeait approprié pour les saumons frais, réfrigérés ou congelés pouvait être atteint dans certaines conditions de traitement thermique.¹⁵⁵ Parallèlement à son allégation d'erreur quant à la mesure SPS en cause, l'Australie prétend que le Groupe spécial a commis une erreur en estimant que le traitement thermique "constitu[ait]" le niveau de protection pour les saumons frais, réfrigérés ou congelés. Selon elle, son niveau de protection

¹⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.182.

¹⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.183.

¹⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.99.

¹⁵³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.165.

¹⁵⁴ Nous notons que l'Australie prétend également, en ce qui concerne le premier élément du critère visé à l'article 5:6, que le Groupe spécial a mal appliqué les règles relatives à la charge de la preuve. Nous examinons cette allégation dans la section B de la partie VI du présent rapport.

¹⁵⁵ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 306.

approprié est "explicite dans la mesure actuellement imposée, à savoir la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés".¹⁵⁶

191. Nous rappelons que nous avons déjà conclu que la mesure SPS en cause n'est pas la prescription en matière de traitement thermique, mais la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés.¹⁵⁷ Comme nous l'avons fait observer dans le cadre de notre examen de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, la mesure à examiner au regard de l'*Accord SPS* est donc la prohibition des importations. Le Groupe spécial devait examiner si, au regard de l'article 5:6, la prohibition des importations n'était pas "plus restrictive pour le commerce qu'il n'était requis" pour obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie. Au lieu de cela, il s'est demandé si la prescription de traitement thermique n'était pas "plus restrictive pour le commerce qu'il n'était requis". En raison de cette erreur, nous infirmons la constatation du Groupe spécial figurant au paragraphe 8.183, selon laquelle l'Australie, en maintenant la mesure SPS en cause, agissait de façon incompatible avec l'article 5:6.

192. Il n'y a, dans le rapport du Groupe spécial, aucune constatation ni aucun examen sur la question de savoir si la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis" pour obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie.

193. Toutefois, comme nous l'avons fait, dans le même contexte, pour notre examen au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, nous estimons – pour autant que les constatations de fait du Groupe spécial et/ou les faits qui ne sont pas contestés par les parties nous le permettent – que nous devrions compléter l'analyse juridique et nous prononcer sur la question de savoir si la véritable mesure SPS en cause, c'est-à-dire la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés appliquée par l'Australie, est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis" pour obtenir le niveau de protection sanitaire jugé approprié par l'Australie.

194. Nous convenons avec le Groupe spécial que l'article 5:6 et, en particulier, la note de bas de page relative à cette disposition, établit clairement un triple critère pour déterminer s'il y a violation de l'article 5:6. Comme il a déjà été indiqué, les trois éléments du critère visé à l'article 5:6 se rapportent à l'existence d'une mesure SPS qui:

- 1) est raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique;

¹⁵⁶ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 311.

¹⁵⁷ *Supra*, paragraphe 105.

- 2) permet d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire jugé approprié par le Membre; et
- 3) est sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure SPS contestée.

Ces trois éléments sont cumulatifs en ce sens que, pour que l'incompatibilité avec l'article 5:6 soit établie, ils doivent tous être présents. Si l'un de ces éléments est absent, la mesure faisant l'objet du différend est censée être compatible avec l'article 5:6. Ainsi, s'il n'existe pas d'autre mesure applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique, *ou* si l'autre mesure ne permet pas d'obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire jugé approprié par le Membre, *ou* si cette mesure n'est pas sensiblement moins restrictive pour le commerce, on peut dire que la mesure faisant l'objet du différend est compatible avec l'article 5:6.

195. S'agissant du premier élément de ce critère, nous prenons note de la constatation de fait du Groupe spécial selon laquelle il existe d'autres mesures SPS raisonnablement applicables, compte tenu de la faisabilité technique et économique. En conséquence, nous estimons que le premier élément du critère visé à l'article 5:6 est présent.

196. S'agissant du deuxième élément du critère visé à l'article 5:6, c'est-à-dire la question de savoir si les autres mesures SPS applicables permettent d'obtenir le niveau de protection approprié, nous notons que le Groupe spécial a dit ce qui suit, au paragraphe 8.173 de son rapport: "[p]our déterminer si l'une des autres mesures permet d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie, nous devons [...] examiner si ces mesures permettent d'obtenir le niveau de protection actuellement atteint grâce à la mesure en cause". Comme il a déjà été indiqué, cette déclaration est fondée sur la prémisse posée par le Groupe spécial selon laquelle "on peut présumer que le *niveau* de protection que suppose et que reflète une *mesure* ou un régime sanitaire imposé par un Membre de l'OMC est au moins aussi élevé que le niveau de protection considéré *approprié* par ce Membre". Nous sommes en désaccord avec le Groupe spécial.

197. Nous notons que, en l'espèce, le niveau de protection *que reflète* la mesure SPS en cause, à savoir la prohibition à l'importation, est incontestablement un niveau de protection correspondant à un "risque zéro". L'Australie a toutefois expressément établi que son niveau de protection *approprié* est:

... élevé ou correspond[...] à une approche "très prudente", visant à ramener le risque à des "niveaux très faibles", "bien que n'étant pas fondé sur une approche correspondant à un risque zéro".¹⁵⁸

¹⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.107.

Il est clair, en l'espèce, que le niveau de protection *approprié* établi par l'Australie *n'est* manifestement *pas* au moins aussi élevé que le niveau de protection *que reflète* la mesure SPS en cause.

198. En examinant la position de l'Australie au sujet du niveau de protection qu'elle juge approprié, le Groupe spécial a noté ce qui suit:

Il appartient à l'Australie de se prononcer sur ... [son niveau de protection approprié], mais, là encore, elle doit pour cela agir de façon compatible avec l'Accord SPS, en particulier les articles 2, 5:1 à 5:3 et 5:6. Notre examen au titre de l'article 5:6 ne vise pas à examiner de nouveau la question de savoir quelle mesure sanitaire l'Australie aurait dû choisir pour obtenir le niveau de protection qu'elle juge approprié. D'un autre côté, nous ne pouvons pas laisser à l'Australie toute latitude pour se prononcer sur cette question et, ainsi, ne pas donner effet à l'article 5:6. Conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord, nous devons "procéder à une évaluation objective de la question dont [nous sommes] saisi[s], y compris une évaluation objective des faits de la cause".¹⁵⁹

199. Nous ne pensons pas qu'en vertu de l'article 11 du Mémorandum d'accord, ou de toute autre disposition du Mémorandum d'accord ou de l'*Accord SPS*, le Groupe spécial ou l'Organe d'appel puisse, aux fins de l'application de l'article 5:6 à la présente affaire, substituer son propre raisonnement sur le niveau de protection que suppose la mesure à celui qui a toujours été exposé par l'Australie. La détermination du niveau de protection approprié, notion définie au paragraphe 5 de l'annexe A comme étant le "niveau de protection considéré approprié par le Membre établissant une mesure sanitaire", est une *prérogative* revenant au Membre concerné et non à un groupe spécial ou à l'Organe d'appel.

200. Il convient d'établir une distinction nette entre le "niveau de protection approprié" établi par un Membre et la "mesure SPS".¹⁶⁰ Il ne s'agit pas d'une seule et même chose. Le premier est un *objectif* et le deuxième, un *instrument* choisi pour atteindre ou réaliser cet objectif.

201. Il est possible de déduire des dispositions de l'*Accord SPS* que la détermination par un Membre du "niveau de protection approprié" précède logiquement l'établissement d'une "mesure SPS" ou la décision aboutissant à son maintien. Les dispositions de l'*Accord SPS* donnent également des précisions sur la corrélation entre le "niveau de protection approprié" et la "mesure SPS".

¹⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.172.

¹⁶⁰ Nous avons déjà indiqué qu'il fallait bien distinguer le niveau de protection de la mesure SPS appliquée dans notre rapport concernant l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, adopté le 13 février 1998, paragraphe 214.

202. L'article 3:3 de l'*Accord SPS* dispose ce qui suit:

Les Membres pourront introduire ou maintenir des mesures sanitaires ou phytosanitaires qui entraînent un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes ... internationales pertinentes ... *si cela est la conséquence* du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié ... (non souligné dans l'original)

L'article 5 de l'*Accord SPS*, intitulé "Évaluation des risques et détermination du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire", prévoit ce qui suit au paragraphe 3:

Pour évaluer le risque pour la santé et la vie des animaux ou pour la préservation des végétaux et *déterminer* la mesure à *appliquer pour obtenir* le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire contre ce risque ... (non souligné dans l'original)

Le paragraphe 4 de l'article 5 de l'*Accord SPS* se rapporte expressément à la détermination du niveau de protection approprié lorsqu'il prescrit ce qui suit:

Lorsqu'ils détermineront le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres devraient tenir compte de l'objectif qui consiste à réduire au minimum les effets négatifs sur le commerce. (non souligné dans l'original)

203. La corrélation entre le "niveau de protection approprié" et la "mesure SPS" apparaît peut-être le plus clairement dans l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, qui se lit comme suit:

... *lorsqu'ils établiront ou maintiendront* des mesures sanitaires ou phytosanitaires pour obtenir le niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire, les Membres feront en sorte que ces mesures ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'ils jugent approprié ... (non souligné dans l'original)

Le libellé de l'article 5:6, en particulier le membre de phrase "*lorsqu'ils établiront ou maintiendront* des mesures sanitaires ... phytosanitaires", montre que la détermination du niveau de protection est un élément du processus de prise de décisions qui, logiquement, *précède* l'établissement ou du maintien d'une mesure SPS et en est *distinct*. C'est le niveau de protection approprié qui détermine la mesure SPS à établir ou à maintenir, et non la mesure SPS établie ou maintenue qui détermine le niveau de protection approprié. Déduire le niveau de protection approprié de la mesure SPS existante serait admettre que la mesure permet toujours d'obtenir le niveau de protection approprié qui a été déterminé par le Membre. Il ne peut manifestement pas en être ainsi.

204. En conséquence, nous concluons que lorsque le Groupe spécial déclare que "pour déterminer si l'une des autres mesures permet d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie, [il doit ...] examiner si ces mesures permettent d'obtenir le niveau de protection actuellement atteint grâce à la mesure en cause", il a tort. Il convient, au titre de l'article 5:6, d'examiner si d'autres mesures SPS applicables permettent d'obtenir le niveau de protection approprié tel qu'il *a été déterminé par le Membre concerné*.

205. Nous reconnaissons que l'*Accord SPS* ne comprend pas de disposition obligeant de manière *explicite* les Membres de l'OMC à déterminer le niveau de protection approprié. Cette obligation est toutefois contenue de manière implicite dans plusieurs dispositions de l'*Accord SPS*, notamment le paragraphe 3 de l'Annexe B, l'article 4:1¹⁶¹ et les paragraphes 4 et 6 de l'article 5.¹⁶² S'agissant de l'article 5:6, par exemple, nous notons qu'il serait de toute évidence impossible de se demander si d'autres mesures SPS permettent d'obtenir le niveau de protection approprié si le Membre importateur n'était pas obligé de déterminer son propre niveau de protection approprié.

206. Nous estimons donc que l'*Accord SPS* contient une obligation implicite de déterminer le niveau de protection approprié. Nous ne pensons pas qu'il existe une obligation de déterminer le niveau de protection approprié en termes quantitatifs. Cela ne veut toutefois pas dire qu'un Membre importateur est libre de déterminer son niveau de protection de manière si vague ou si ambiguë qu'appliquer les dispositions pertinentes de l'*Accord SPS*, comme l'article 5:6, deviendrait impossible. Il serait de toute évidence incorrect d'interpréter l'*Accord SPS* d'une façon qui rende inopérants des articles ou paragraphes entiers de cet accord et permette aux Membres de se soustraire aux obligations qui leur incombent au titre de cet accord.

207. En l'espèce, l'Australie a déterminé le niveau de protection qu'elle jugeait approprié et elle l'a fait d'une manière assez précise pour être en conformité avec l'article 5:6, mais nous pensons que, dans les cas où un Membre ne détermine pas le niveau de protection qu'il juge approprié ou ne le fait pas de manière assez précise, le niveau de protection approprié pourrait être établi par les groupes spéciaux à partir du niveau de protection que reflète la mesure SPS en vigueur. S'il en était autrement, le fait pour un Membre de ne pas satisfaire à l'obligation implicite de déterminer son niveau de

¹⁶¹ Les questions raisonnables posées par des Membres intéressés au sens du paragraphe 3 de l'Annexe B peuvent en particulier porter sur l'application de l'article 4 de l'*Accord SPS*. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 4 font, à notre sens, clairement obligation au Membre importateur de déterminer son niveau de protection approprié.

¹⁶² On pourrait par ailleurs faire valoir que l'obligation implicite de déterminer le niveau de protection approprié découle également pour un Membre des articles 5:8 et 12:4 de l'*Accord SPS*.

protection approprié – de manière assez précise – lui permettrait de se soustraire aux obligations lui incombant au titre de l'Accord et, en particulier, au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5.

208. Nous rappelons que le deuxième élément du critère visé à l'article 5:6 nous oblige à examiner si l'une des *autres mesures SPS* applicables mentionnées plus haut permettrait d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie. Pour ce faire, nous devons tout d'abord connaître le niveau de protection pouvant être atteint grâce à chacune de ces autres mesures SPS.

209. Nous notons toutefois, comme nous l'avons déjà indiqué dans le cadre de notre examen de l'article 5:1, que le Groupe spécial a formulé la constatation de fait suivante:

... le Rapport final de 1996 n'évalue pas en substance les risques relatifs associés à ces différentes options [à savoir, les cinq options en matière de mesure quarantenaire mentionnées dans le Rapport final de 1996]. [...] Alors que la définition de l'évaluation des risques exige une "évaluation ... en fonction des mesures sanitaires ... qui pourraient être appliquées", il indique ces mesures, mais n'apprécie ni n'évalue en substance leur efficacité relative pour réduire le risque global de maladies.¹⁶³

210. Il est donc impossible de vérifier, de manière objective, en se fondant sur le Rapport final de 1996, si l'une des autres options examinées dans ce rapport permettrait d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie pour les saumons du Pacifique pêchés en mer.

211. Nous notons en outre que le rapport du Groupe spécial ne contient aucun autre élément factuel qui nous permettrait d'examiner les autres options en matière de mesures quarantaines, puisque le Groupe spécial ne les a examinées que par rapport au critère erroné du niveau de protection que supposait la prescription de traitement thermique. C'est sur cette base que le Groupe spécial a constaté que le Canada avait établi "une présomption – qui [n'avait] pas été réfutée – de l'existence d'autres mesures applicables qui permettraient d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie". Le Groupe spécial a toutefois pris soin d'ajouter ce qui suit:

... Cette constatation ne revient donc pas à préconiser l'une des différentes autres options que nous avons examinées. Elle ne donne pas à entendre que l'option 2 permettrait effectivement d'obtenir le niveau de protection jugé approprié par l'Australie ni que cette option serait la seule qui permettrait d'obtenir ce niveau.¹⁶⁴

¹⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.90.

¹⁶⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.181.

212. En conséquence, nous ne sommes pas en mesure de mener à bien l'examen du deuxième élément du critère visé à l'article 5:6, c'est-à-dire la question de savoir s'il existe une autre mesure qui permette d'obtenir le niveau de protection sanitaire approprié.

213. Nous rappelons que, comme le Groupe spécial a commis une erreur en se demandant si la prescription en matière de traitement thermique – et non la véritable mesure SPS en cause, à savoir la prohibition à l'importation – était "plus restrictive pour le commerce qu'il n'[était] requis", nous sommes dans l'obligation d'infirmer sa constatation selon laquelle l'Australie a agi de façon incompatible avec l'article 5:6.¹⁶⁵ En infirmant la constatation du Groupe spécial concernant l'article 5:6, nous ne concluons toutefois pas que l'Australie a ou non enfreint les dispositions de l'article 5:6. Il se peut fort bien qu'il y ait violation de l'article 5:6, et également de l'article 2:2¹⁶⁶, mais nous ne sommes pas en mesure de parvenir à une conclusion sur ces deux questions en raison du caractère insuffisant des constatations de fait du Groupe spécial et des faits ne relevant pas du différend entre les parties.

E. *Paragraphes 5 et 6 de l'article:5 de l'Accord SPS concernant les autres saumons canadiens*

214. La prochaine question que nous devons traiter porte sur le point de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur de droit en appliquant de façon erronée le principe d'économie jurisprudentielle et, notamment, en omettant d'étendre aux autres saumons canadiens son appréciation des allégations formulées par le Canada au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5.¹⁶⁷

215. Nous rappelons que, dans ses constatations, le Groupe spécial a établi une distinction entre les saumons du Pacifique pêchés en mer et les autres saumons canadiens. Il a constaté, aussi bien pour les saumons du Pacifique pêchés en mer, au paragraphe 8.99, que pour les autres saumons canadiens, au paragraphe 8.59, que l'Australie, en maintenant la mesure en cause, a agi de façon incompatible avec l'article 5:1 et, par implication, avec l'article 2:2 de l'Accord SPS. Il a cependant limité ses constatations concernant l'article 5:5 et, par implication, l'article 2:3, ainsi que celles concernant l'article 5:6, aux saumons du Pacifique pêchés en mer.

¹⁶⁵ *Supra*, paragraphe 191.

¹⁶⁶ L'article 2, intitulé "Droits et obligations fondamentaux", dispose ce qui suit au paragraphe 2:
Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée *que dans la mesure nécessaire* pour protéger la santé et la vie ... des animaux. (non souligné dans l'original)

L'établissement ou le maintien d'une mesure SPS qui suppose ou reflète un niveau plus élevé de protection que le niveau de protection approprié qui a été déterminé par un Membre importateur pourrait constituer une violation de l'obligation de nécessité énoncée à l'article 2:2.

¹⁶⁷ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 24.

216. Le Groupe spécial a justifié comme suit cette limitation des produits visés par ses constatations concernant les articles 5:5, 2:3 et 5:6:

Étant donné que 1) la plupart des études et des rapports qui nous ont été présentés, et en particulier le Rapport final de 1996 (la seule évaluation des risques formelle de l'Australie), prennent en considération et examinent expressément les saumons du Pacifique, adultes, sauvages, pêchés en mer (même si les données qu'ils contiennent peuvent avoir trait à d'autres saumons ou être pertinentes pour ces autres saumons) et 2) que le Canada lui-même a aussi mis l'accent sur les saumons du Pacifique, adultes, sauvages, pêchés en mer, au cours de nos travaux, nous avons, quant à nous, concentré notre attention et nos questions (à la fois aux parties et aux experts consultés par le Groupe spécial) sur les saumons du Pacifique, adultes, sauvages, pêchés en mer. Pour ces raisons, les éléments de preuve et les arguments qui nous ont été présentés et qui ont trait à l'article 5:5 et 5:6 sont centrés sur les saumons du Pacifique, adultes, sauvages, pêchés en mer. Nous n'estimons donc pas approprié ou nécessaire, "pour résoudre la question en cause dans le différend"²⁵¹ d'examiner plus avant les produits à base de saumon faisant l'objet du différend autres que ceux provenant de saumons du Pacifique, adultes, sauvages, pêchés en mer.¹⁶⁸

²⁵¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 20 à 23, qui traite de la question de l'économie jurisprudentielle, page 22 ("Un groupe spécial ne doit traiter que les allégations qui doivent l'être pour résoudre la question en cause dans le différend").

217. Le Canada fait appel de cette constatation. Il soutient que le fait que le Groupe spécial n'a pas évalué la compatibilité de la mesure en cause avec les paragraphes 5 et 6 de l'article 5 pour les autres saumons canadiens reposait sur une application erronée du "principe d'économie jurisprudentielle" que nous avons énoncé dans le rapport sur l'affaire *États-Unis – Chemises, chemisiers et blouses*. D'après le Canada, cette application erronée a conduit à un résultat contraire à l'article 3:7 du Mémorandum d'accord. Il fait valoir, "à titre subsidiaire", que dans son examen limité des paragraphes 5 et 6 de l'article 5, le Groupe spécial n'a pas pris en compte les nombreux éléments de preuve dont il disposait, ce qui constitue une violation de l'article 11 du Mémorandum d'accord.¹⁶⁹

218. L'Australie ne répond pas aux allégations d'erreur de droit concernant l'économie jurisprudentielle. D'après elle, il est tout à fait évident que cette économie jurisprudentielle n'était pas, en réalité, la raison principale qui a poussé le Groupe spécial à limiter ses constatations. Elle fait valoir que ce dernier a limité aux saumons du Pacifique pêchés en mer ses constatations au titre des

¹⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.60.

¹⁶⁹ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 27.

paragraphe 5 et 6 de l'article 5 parce que le Canada n'a pas présenté des éléments de preuve suffisants pour lui permettre d'établir des constatations concernant les autres saumons canadiens.¹⁷⁰

1. Principe d'économie jurisprudentielle

219. Comme l'a indiqué le Groupe spécial, nous avons dit, dans le cadre de l'affaire *États-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*, qu'"un groupe spécial ne [devait] traiter que les allégations qui [devaient] l'être pour résoudre la question en cause".¹⁷¹

220. La question en cause est exposée dans le mandat du Groupe spécial, habituellement défini par la demande d'établissement d'un groupe spécial, laquelle doit indiquer la mesure spécifique en cause et le fondement juridique de la plainte.¹⁷² Le mandat type, qui a été utilisé en l'espèce¹⁷³, demande au Groupe spécial:

[D]'examiner, à la lumière des dispositions pertinentes des accords visés cités par le Canada dans le document WT/DS18/2, la question portée devant l'ORD par le Canada 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.¹⁷⁴

221. L'article 3:7 du Mémoire d'accord renferme la disposition suivante:

(...) Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends (...)

Cela est confirmé à l'article 3:4 dudit mémorandum, ainsi libellé:

En formulant ses recommandations ou en statuant sur la question, l'ORD visera à la régler de manière satisfaisante conformément aux droits et obligations résultant du présent mémorandum d'accord et des accords visés.

¹⁷⁰ Communication de l'Australie en tant qu'intimé, paragraphe 30.

¹⁷¹ Rapport adopté le 23 mai 1997, WT/DS/33/AB/R, page 22.

¹⁷² Mémoire d'accord, article 6:2. Le "fondement juridique de la plainte" comprend les allégations de la partie plaignante. 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, paragraphe 141.

¹⁷³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.4.

¹⁷⁴ WT/DS18/3/Rev.1, 11 juin 1997.

222. Les recommandations et décisions de l'ORD étant fonction des constatations et recommandations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, le Canada estime qu'un groupe spécial doit au moins examiner les allégations qui entrent dans le cadre de son mandat et qui détermineront la façon de procéder à la mise en œuvre. S'il suffisait qu'il se prononce sur une allégation pour déterminer la façon de procéder à la mise en œuvre, il serait superflu pour un groupe spécial de pousser plus avant son examen. Néanmoins, un groupe spécial qui examine certaines allégations mais refuse d'en examiner d'autres qui permettraient de mieux définir la façon de procéder à la mise en œuvre n'aura pas nécessairement, selon le Canada, réglé la question en cause.¹⁷⁵

223. Le principe d'économie jurisprudentielle doit être appliqué en gardant à l'esprit le but du système de règlement des différends. Ce but est de régler la question en cause et "d'arriver à une solution positive des différends".¹⁷⁶ Ne régler que partiellement la question en cause ne représenterait pas une véritable économie jurisprudentielle. Un groupe spécial doit examiner les allégations au sujet desquelles il est nécessaire d'établir une constatation pour que l'ORD puisse faire des recommandations et prendre des décisions suffisamment précises, auxquelles le Membre pourra donner suite rapidement, "pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres".¹⁷⁷

224. En l'espèce, établir des constatations de violation de l'article 5:1 pour ce qui est des autres saumons canadiens sans établir également des constatations au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 ne permettrait pas à l'ORD de faire des recommandations et de prendre des décisions suffisamment précises pour permettre à l'Australie de s'acquitter de ses obligations au titre de l'*Accord SPS*, afin que le différend avec le Canada soit résolu efficacement. Une mesure SPS qui serait rendue compatible avec le paragraphe 1 de l'article 5 pourrait encore être incompatible soit avec le paragraphe 5 de l'article 5, soit avec le paragraphe 6 de l'article 5, ou avec les deux.

225. Par ailleurs, il n'y a pas lieu, aux fins de l'application du principe d'économie jurisprudentielle, d'examiner les paragraphes 5 et 6 de l'article 5 pour une seule catégorie de produits en cause, à savoir les saumons du Pacifique pêchés en mer, et de ne pas procéder à la même analyse pour les autres catégories, c'est-à-dire les autres saumons canadiens. Le Groupe spécial n'a fourni aucun motif convaincant expliquant pourquoi il avait examiné les paragraphes 5 et 6 de l'article 5 pour une seule catégorie de produits en cause, à savoir les saumons du Pacifique pêchés en mer, sans procéder à la même analyse pour les autres catégories, c'est-à-dire les autres saumons canadiens. La seule

¹⁷⁵ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphes 34 à 36.

¹⁷⁶ Mémoire d'accord, article 3:7.

¹⁷⁷ Mémoire d'accord, article 21:1.

explication avancée par le Groupe spécial pour limiter aux saumons du Pacifique pêchés en mer son examen des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 était que "les éléments de preuve et les arguments qui [lui avaient] été présentés et qui [avaient] trait à l'article 5:5 et 5:6 [étaient] *centrés* sur les saumons du Pacifique, adultes, sauvages, pêchés en mer".¹⁷⁸ (non souligné dans l'original) Le Groupe spécial n'a pas constaté que le Canada n'avait pas apporté un commencement de preuve au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 pour ce qui est des autres saumons canadiens. Nous notons à cet égard que le présent différend présente des similitudes avec l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* ("*Japon – Boissons alcooliques*"), dans le cadre de laquelle nous avons estimé que le Groupe spécial avait commis une erreur de droit en n'examinant pas tous les produits sur lesquels portait son mandat.¹⁷⁹ De même, dans le présent différend, le mandat du Groupe spécial porte non seulement sur les saumons du Pacifique pêchés en mer, mais aussi sur les autres saumons canadiens.

226. Nous constatons donc que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en ne jugeant pas approprié ou nécessaire, "pour résoudre la question en cause", d'examiner les paragraphes 5 et 6 de l'article 5 pour ce qui est des autres saumons canadiens.

2. Article 5:5

a) *Premier élément de l'article 5:5*

227. Nous rappelons qu'en ce qui concerne les saumons du Pacifique pêchés en mer, le Groupe spécial a examiné le premier élément de l'article 5:5, à savoir l'existence de distinctions dans les niveaux de protection appropriés dans différentes situations, en s'appuyant sur quatre comparaisons. Dans chacune d'elles, les saumons du Pacifique pêchés en mer étaient comparés à d'autres poissons ou produits à base de poisson. Le Groupe spécial a constaté que les saumons du Pacifique pêchés en mer et les autres poissons ou produits à base de poisson avaient un ou plusieurs agents pathogènes en commun, ou – pour ce qui est des saumons du Pacifique pêchés en mer – qu'ils suscitaient une préoccupation alléguée concernant ces agents pathogènes. D'après le Groupe spécial, la situation concernant les saumons du Pacifique pêchés en mer et celles des autres poissons ou produits à base de

¹⁷⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.60.

¹⁷⁹ Rapport adopté le 1^{er} novembre 1996, WT/DS8/AB/R-WT/DS10/AB/R-WT/DS11/AB/R, pages 29 et 30. Nous notons que, dans le rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques*, il n'y avait aucune constatation concernant certains produits, alors que dans la présente affaire, il y a une constatation au titre de l'article 5:1 concernant tous les produits visés par le mandat.

poisson étaient donc différentes, c'est-à-dire comparables, au sens du premier élément de l'article 5:5. Nous rappelons que nous avons confirmé cette constatation.¹⁸⁰

228. Par ailleurs, le Groupe spécial a noté que l'importation de saumons du Pacifique frais, réfrigérés ou congelés, pêchés en mer, était interdite, alors que l'importation d'autres poissons ou produits à base de poisson était autorisée sous certaines conditions. Cette différence dans les mesures SPS révèle une différence dans les niveaux de protection appropriés. Sur cette base, le Groupe spécial a constaté qu'il y avait des distinctions dans les niveaux de protection appropriés dans les différentes situations qui faisaient l'objet des quatre comparaisons.¹⁸¹

229. Lorsqu'il a examiné la comparabilité des situations au titre du premier élément de l'article 5:5, le Groupe spécial a uniquement pris en compte les saumons du Pacifique pêchés en mer, et non les autres saumons canadiens. Il n'a pas examiné la question de savoir si les autres saumons canadiens ou les autres poissons et produits à base de poisson avaient un ou plusieurs agents pathogènes en commun, ou – s'agissant des autres saumons canadiens – s'ils suscitaient une préoccupation alléguée concernant ces agents pathogènes.¹⁸² Il n'est donc pas parvenu à une conclusion sur le point de savoir si la situation concernant les autres saumons canadiens et celles concernant les autres poissons ou produits à base de poisson étaient comparables au sens du premier élément de l'article 5:5.

230. Nous ne pensons cependant pas que la comparabilité de ces situations au titre de l'article 5:5 dépende de la connaissance exacte de la nature et du nombre des maladies dépistées de façon certaine ou pouvant être présentes chez les autres saumons canadiens. La situation des autres saumons canadiens peut être identique à celle des saumons du Pacifique pêchés en mer; elle peut être meilleure ou pire. Les risques encourus par le milieu aquatique australien du fait de l'importation d'autres saumons canadiens peuvent donc être identiques, inférieurs ou supérieurs à ceux découlant de l'importation de saumons du Pacifique pêchés en mer. Toutefois, ces différences, s'il y en a, ne rendent pas les quatre comparaisons établies avec les autres poissons et produits à base de poisson moins intéressantes pour autant. Elles ne diminuent en rien la comparabilité des risques encourus par le milieu aquatique australien du fait de l'importation d'autres saumons canadiens d'une part, et d'autres poissons et produits à base de poisson d'autre part.

¹⁸⁰ *Supra*, paragraphe 153.

¹⁸¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.129. Voir également la note de bas de page 106 du présent rapport.

¹⁸² Nous notons que le tableau 3, qui figure au paragraphe 4.41 du Rapport du Groupe spécial, recense toutes les maladies constituant un sujet de préoccupation pour l'Australie et montre que les parties sont généralement d'accord concernant la présence de ces maladies chez les saumons canadiens. Toutefois, ce

231. Par ailleurs, nous rappelons que le Groupe spécial a noté, dans le cadre de son examen de l'article 5:5 concernant les saumons du Pacifique pêchés en mer, que l'Australie avait explicitement défini le niveau de protection qu'elle considérait approprié comme étant "élevé ou correspondant à une approche "très prudente", visant à ramener le risque à des "niveaux très faibles", "bien que n'étant pas fondé sur une approche correspondant à un risque zéro"". ¹⁸³ Toutefois, les déclarations de l'Australie sur le niveau de protection qu'elle considérait approprié, dont le Groupe spécial a pris note, ne se limitaient pas aux saumons du Pacifique pêchés en mer, mais s'appliquaient à tous les saumons faisant l'objet du différend, y compris aux autres saumons canadiens.¹⁸⁴ Nous estimons donc que, pour ce qui est des autres saumons canadiens, le niveau de protection que l'Australie considère *approprié* est également élevé ou correspond aussi à une approche très prudente, visant à ramener le risque à des niveaux très faibles, mais pas à un niveau de risque zéro.

232. L'Australie n'a pas explicitement défini les niveaux de protection qu'elle considérait appropriés pour d'autres poissons et produits à base de poisson. Toutefois, nous rappelons que l'importation d'autres poissons et produits à base de poisson est autorisée dans certaines circonstances. Les niveaux de protection appropriés correspondant aux mesures SPS appliquées aux autres poissons et produits à base de poisson ne correspondent donc pas à une approche "très prudente" et sont donc différents du niveau de protection approprié appliqué aux saumons du Pacifique pêchés en mer.

233. Nous concluons donc qu'en ce qui concerne les autres saumons canadiens, il existe des distinctions dans les niveaux de protection appropriés dans des situations différentes, c'est-à-dire comparables, et que le premier élément de l'article 5:5 est présent.

b) *Deuxième élément de l'article 5:5*

234. Nous rappelons que, pour ce qui est des saumons du Pacifique pêchés en mer, le Groupe spécial a commencé son analyse du deuxième élément de l'article 5:5, à savoir l'existence de distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection appropriés, en notant que, compte tenu de la différence dans les mesures SPS et dans les niveaux de protection appropriés appliqués aux saumons du Pacifique pêchés en mer d'une part, et aux autres poissons et produits à base de poisson d'autre part, on pourrait s'attendre à une justification de cette différence, par exemple par un risque plus élevé relatif aux importations de produits à base de saumon. Le Groupe spécial a

tableau n'établit pas de distinction entre les saumons du Pacifique pêchés en mer et les autres saumons canadiens.

¹⁸³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.107.

¹⁸⁴ Voir, en plus des documents cités à l'appui de ce qui est dit au paragraphe 8.107 (notes de bas de page 326, 327 et 328), la note 274 du rapport du Groupe spécial.

cependant noté que les arguments, rapports, études et opinions d'experts présentés à cet égard semblaient indiquer le contraire. Il a déclaré que ces données comportaient des éléments de preuve permettant de supposer que les deux catégories d'espèces autres que les salmonidés, auxquelles s'appliquaient des mesures SPS moins rigoureuses, à savoir les harengs utilisés comme appât ou les poissons d'ornement vivants, présentaient un risque au moins aussi élevé – sinon plus élevé – que le risque associé aux saumons du Pacifique pêchés en mer.¹⁸⁵ Le Groupe spécial a constaté que les distinctions dans les niveaux de protection appliqués aux saumons du Pacifique pêchés en mer d'une part, et aux harengs utilisés comme appât ou aux poissons d'ornement vivants d'autre part, étaient arbitraires ou injustifiables. Il a donc conclu que le deuxième élément de l'article 5:5 était présent.¹⁸⁶ Nous rappelons que nous avons confirmé cette constatation.¹⁸⁷

235. Nous croyons que ce raisonnement s'applique également aux autres saumons canadiens. À notre avis, le fait que les autres saumons canadiens puissent représenter un risque plus élevé pour les populations de salmonidés australiens que les saumons du Pacifique pêchés en mer n'entache en rien ce raisonnement. Nous notons que le Groupe spécial a dit que les éléments de preuve qui lui avaient été présentés semblaient montrer que le risque d'introduction de maladies associé aux importations de harengs utilisés comme appâts ou de poissons d'ornement vivants était plus élevé que le risque créé par les importations de produits à base de saumon destinés à la consommation humaine.¹⁸⁸

236. Nous concluons donc que, pour ce qui est des autres saumons canadiens, le deuxième élément de l'article 5:5 est présent.

c) *Troisième élément de l'article 5:5*

237. Nous rappelons finalement que, pour ce qui est des saumons du Pacifique pêchés en mer, le Groupe spécial a examiné le troisième élément de l'article 5:5, à savoir l'existence d'une discrimination ou d'une restriction déguisée au commerce international, en tenant compte de trois "signaux d'alarme" et de trois "autres facteurs". Compte tenu de ces "signaux d'alarme" et "autres facteurs", examinés de façon cumulative, le Groupe spécial a constaté que les distinctions dans les niveaux de protection imposés par l'Australie pour les saumons du Pacifique pêchés en mer d'une part, et pour les harengs utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants d'autre part, entraînaient

¹⁸⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.134.

¹⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.141.

¹⁸⁷ *Supra*, paragraphe 158.

¹⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.137.

une restriction déguisée au commerce international. Nous rappelons que nous avons confirmé cette constatation.¹⁸⁹

238. La prohibition à l'importation appliquée par l'Australie vise à la fois les saumons du Pacifique pêchés en mer et les autres saumons canadiens. Dans le cadre de notre examen du troisième élément de l'article 5:5, nous ne voyons aucune raison valable de penser que les conclusions tirées pour les saumons du Pacifique pêchés en mer ne peuvent pas également s'appliquer aux autres saumons canadiens. S'il a été constaté, à juste titre, que les distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection appliqués pour les saumons du Pacifique pêchés en mer d'une part, et pour les harengs utilisés comme appât ou les poissons d'ornement vivants d'autre part, entraînaient une restriction déguisée au commerce international, les distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection appliqués pour les autres saumons canadiens d'une part, et pour les harengs utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants d'autre part, doivent nécessairement entraîner elles aussi une restriction déguisée au commerce international.

239. En fait, nous pensons qu'en ce qui concerne l'un des "signaux d'alarme", il y a encore davantage de raisons de conclure que les distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection appliqués pour les autres saumons canadiens d'une part, et pour les harengs utilisés comme appât et les poissons d'ornement vivants d'autre part, entraînent une restriction déguisée au commerce international. Dans le cadre de son examen concernant les saumons du Pacifique pêchés en mer, le Groupe spécial a estimé que "les insuffisances" du Rapport final de 1996, en tant qu'évaluation des risques étayant de manière raisonnable la mesure SPS au sens de l'article 5:1, constituaient un "signal d'alarme" dans le cadre de l'examen au titre du troisième élément de l'article 5:5. Pour ce qui est des autres saumons canadiens, il n'existe *même pas* l'ébauche d'une évaluation des risques.

240. Nous concluons donc qu'en ce qui concerne les autres saumons canadiens, le troisième élément de l'article 5:5 est également présent et qu'en maintenant une prohibition à l'importation de tous les saumons canadiens, l'Australie a agi de manière incompatible avec l'article 5:5 et, par implication, avec l'article 2:3 de l'*Accord SPS*.

3. Article 5:6

241. S'agissant des autres saumons du Pacifique pêchés en mer, le Groupe spécial a conclu que la mesure SPS en cause – qu'il considérait être la prescription en matière de traitement thermique – était "plus restrictive pour le commerce qu'il n'[était] requis" pour obtenir le niveau de protection considéré

¹⁸⁹ Nous avons confirmé cette constatation, bien que nous ayons infirmé la constatation intermédiaire du Groupe spécial concernant le premier des "autres facteurs". Voir les paragraphes 177 et 178 du présent rapport.

approprié par l'Australie, et donc que cette dernière avait agi de manière incompatible avec l'article 5:6 de l'*Accord SPS*. L'Australie a fait appel de cette constatation du Groupe spécial. Nous rappelons qu'en raison de l'erreur commise par le Groupe spécial lorsqu'il a examiné la question de savoir si la prescription en matière de traitement thermique, plutôt que la véritable mesure SPS en cause, c'est-à-dire la prohibition à l'importation, était "plus restrictiv[e] pour le commerce qu'il n'[était] requis", nous avons infirmé la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'Australie avait agi de manière incompatible avec l'article 5:6. Nous notons qu'en infirmant cette constatation du Groupe spécial relative à l'article 5:6, nous n'avons pas tiré de conclusion sur le point de savoir si la prohibition à l'importation de saumons du Pacifique pêchés en mer imposée par l'Australie était compatible ou non avec l'article 5:6. Nous rappelons que nous ne sommes pas en mesure de parvenir à une conclusion définitive sur ce point, en raison du caractère insuffisant des constatations de fait pertinentes établies par le Groupe spécial et des faits qui ne sont pas contestés par les parties.

242. Pour les mêmes raisons, nous ne sommes pas en mesure de parvenir à une conclusion sur le point de savoir si la prohibition à l'importation d'autres saumons canadiens est compatible ou non avec l'article 5:6 de l'*Accord SPS*.

F. *Article 2:3 de l'Accord SPS*

243. La dernière question de fond que nous traitons est de savoir si le Groupe spécial a commis une erreur de droit en n'établissant pas de constatation indiquant que l'Australie a agi de manière incompatible avec l'article 2:3, première phrase, indépendamment de celle indiquant qu'elle a agi de manière incompatible avec l'article 5:5 de l'*Accord SPS*.

244. Les constatations du Groupe spécial concernant l'article 2:3 se limitent aux déclarations ci-après:

8.109 (...) Nous concluons que, si nous devons constater que chacun des trois éléments de l'article 5:5 - y compris, en particulier, le troisième élément - est présent et qu'il y a donc violation de l'article 5:5, plus précis, on pourrait présumer que cela implique qu'il y a violation de l'article 2:3, plus général.

8.160 (...) Puisque chacun des trois éléments de l'article 5:5 est présent en l'espèce, nous constatons que l'Australie, en maintenant la mesure en cause, agit de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent au titre de l'article 5:5. Étant donné que nous avons constaté précédemment que l'on peut présumer qu'une violation de l'article 5:5, plus spécifique, implique qu'il y a violation de l'article 2:3, plus général, nous constatons que l'Australie, dans cette mesure, agit aussi de façon incompatible avec l'article 2:3.

8.184 Puisque nous avons constaté que la mesure faisant l'objet du différend est incompatible avec les prescriptions de l'article 5:1, 5:5 et 5:6 et est en conséquence aussi incompatible avec les prescriptions de l'article 2:2 et 2:3, nous ne jugeons pas nécessaire d'examiner plus avant les autres allégations du Canada au titre de l'article 2 ni ses allégations au titre de l'article 3.

245. Dans son appel, le Canada fait valoir que le Groupe spécial a eu tort de n'appliquer la première phrase de l'article 2:3 qu'à la lumière de l'article 5:5 au lieu de la considérer comme une obligation distincte. Il critique le Groupe spécial pour ne pas avoir constaté l'existence d'une violation de l'article 2:3, première phrase, indépendamment de la constatation de l'existence d'une violation de l'article 5:5.¹⁹⁰ Par ailleurs, le Canada fait valoir qu'en appliquant la première phrase de l'article 2:3 après coup, après avoir analysé l'article 5:5, le Groupe spécial a aggravé l'erreur qu'il avait commise en confinant son analyse et la constatation formulée au titre de l'article 5:5 aux saumons du Pacifique pêchés en mer.¹⁹¹

246. S'agissant du deuxième motif d'appel du Canada, nous renvoyons à la section E de la partie V de notre rapport, dans laquelle nous traitons, entre autres, du fait que le Groupe spécial n'a pas étendu ses constatations au titre de l'article 5:5 et, par implication, de l'article 2:3, aux autres saumons canadiens. Dans la présente section, nous nous intéresserons au premier motif d'appel du Canada.

247. Nous notons que le Groupe spécial a effectivement omis d'examiner l'allégation du Canada selon laquelle la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés contrevenait à la première phrase de l'article 2:3. Le Canada a fait valoir devant le Groupe spécial que l'Australie ne réglementait pas le transport intérieur des produits à base de salmonidés en provenance d'États infectés et à destination d'États indemnes pour protéger ses populations de salmonidés d'agents pathogènes tels que la *nécrose hématopoïétique épizootique*. Par contre, elle interdisait toute importation de saumons frais, réfrigérés et congelés. Le Canada a fait valoir devant le Groupe spécial qu'en ce sens, la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés constituait une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les produits à base de salmonidés importés du Canada et ceux d'origine australienne, et que l'Australie avait donc agi de façon incompatible avec l'article 2:3, première phrase.

248. Nous ne pensons pas qu'en omettant d'examiner l'allégation formulée par le Canada au titre de l'article 2:3, première phrase, le Groupe spécial ait eu l'intention de nier que ladite phrase contenait une obligation distincte de l'article 5:5. Nous notons que, même si le Groupe spécial a dit que

¹⁹⁰ Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphe 10.

¹⁹¹ *Ibid.*

l'article 5:5 prévoyait des droits et obligations plus spécifiques et plus détaillées que les "Droits et obligations fondamentaux" énoncés dans des termes assez généraux à l'article 2:3¹⁹², il a explicitement reconnu

... que, compte tenu du caractère plus général de l'article 2:3, les cas de violation de ce dernier [n'étaient] pas tous visés par l'article 5:5.¹⁹³

249. Par ailleurs, le Groupe spécial a clairement indiqué qu'il s'était abstenu de procéder à un examen distinct de l'article 2:3, première phrase, parce qu'il ne voyait pas l'intérêt d'un tel examen, étant donné qu'il avait déjà constaté que la mesure en cause était incompatible avec les prescriptions des paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5, et qu'en conséquence, elle était aussi incompatible avec les prescriptions des paragraphes 2 et 3 de l'article 2.¹⁹⁴ En d'autres termes, il s'était abstenu de procéder à un examen distinct de l'article 2:3 pour des raisons d'économie jurisprudentielle, et non parce qu'il estimait que la première phrase de l'article 2:3 ne contenait aucune obligation distincte de l'article 5:5.

250. La première phrase de l'article 2:3 renferme la disposition suivante:

Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires et phytosanitaires n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires, y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres.

251. Cette disposition reprend des obligations semblables à celles découlant des articles I:1 et III:4 du GATT de 1994 et incorpore une partie du paragraphe introductif de l'article XX du GATT de 1994. Son importance fondamentale dans le contexte de l'*Accord SPS* apparaît au premier paragraphe du préambule de cet accord.

252. Nous rappelons que le troisième élément – que nous qualifierons de décisif – de l'article 5:5, examiné plus haut, appelle une constatation que la mesure SPS qui établit des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection entraîne "une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international". Par conséquent, une constatation de violation de l'article 5:5 impliquera nécessairement une violation de l'article 2:3, première phrase, ou de l'article 2:3, deuxième phrase. Une discrimination "entre les Membres [...], y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres", au sens de la première phrase de l'article 2:3, peut être constatée en suivant la voie

¹⁹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.48.

¹⁹³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.109.

¹⁹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.184.

complexe et indirecte tracée et jalonnée par l'article 5:5.¹⁹⁵ Cependant, il est évident que cette voie n'est pas la seule qui mène à une constatation qu'une mesure SPS constitue une discrimination arbitraire ou injustifiable au sens de la première phrase de l'article 2:3. L'existence d'une discrimination arbitraire ou injustifiable au sens de la première phrase de l'article 2:3 peut être constatée sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen au titre de l'article 5:5.

253. Nous passons maintenant à la question de savoir si la mesure en cause, à savoir la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés, contrevient à l'article 2:3, première phrase.

254. Nous rappelons que, dans le cadre de son examen du troisième élément de l'article 5:5, le Groupe spécial a noté qu'il doutait que l'Australie appliquât des normes aussi strictes au transport des produits à base de saumon à l'intérieur du pays qu'à l'importation de ces mêmes produits. Le Groupe spécial n'est pas parvenu à une conclusion concernant cette différence alléguée dans les normes sanitaires. Il a simplement pris acte des arguments présentés à la fois par le Canada et l'Australie et a dit qu'il ne voyait pas "l'intérêt d'essayer de comparer" le risque associé à la nécrose hématopoïétique épizootique avec celui lié aux maladies qui constituaient un sujet de préoccupation pour l'Australie en ce qui concernait les saumons du Pacifique pêchés en mer.¹⁹⁶ Il a également déclaré qu'il ne voyait pas l'intérêt d'essayer de comparer les différentes mesures imposées par l'Australie pour faire face à ces risques.¹⁹⁷ L'examen du Groupe spécial se caractérise par sa prudence et l'absence de constatations de fait.

255. Dans le cadre d'un examen au titre de l'article 2:3, première phrase, il serait tout d'abord nécessaire de déterminer les risques encourus par la population de salmonidés australiens du fait de maladies, telles que la nécrose hématopoïétique épizootique, endémiques dans certaines régions d'Australie mais exotiques dans d'autres. Cependant, il n'existe aucune constatation de fait établie par le Groupe spécial ni de faits non contestés par les parties sur ce point. Il nous est donc impossible de déterminer si la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés, qu'il s'agisse de saumons du Pacifique pêchés en mer ou d'autres saumons canadiens, constitue une discrimination arbitraire ou injustifiable au sens de la première phrase de l'article 2:3 de l'*Accord SPS*.

¹⁹⁵ Dans le rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, nous avons décrit l'article 5:5 comme "traçant et jalonnant une voie menant à la même destination que celle qui est définie [à l'article 2:3]" (non souligné dans l'original). Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 212.

¹⁹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.157.

¹⁹⁷ *Ibid.*

VI. Questions de procédure

256. L'Australie soulève un certain nombre de questions de procédure concernant la façon dont le Groupe spécial a conduit ses travaux et son examen de l'affaire. Ces questions portent sur l'attribution et l'application de la charge de la preuve; le devoir qu'avait le Groupe spécial de procéder à une évaluation objective de la question conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord; l'acceptation et l'examen par le Groupe spécial de certains éléments de preuve; et sa réponse à la demande de l'Australie qui souhaitait présenter une troisième communication écrite pour répondre à l'exposé oral présenté par le Canada à la deuxième réunion du Groupe spécial avec les parties.

A. Charge de la preuve

257. L'Australie prétend tout d'abord que le Groupe spécial a fait fausse route en ce qui concerne la façon dont il a attribué et appliqué la charge de la preuve, au titre des articles 2 et 5 de l'*Accord SPS*. Au paragraphe 8.40 de son rapport, le Groupe spécial a fait mention de notre rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, dans lequel nous disions ce qui suit:

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 défenderesse, qui doit à son tour repousser ou réfuter l'incompatibilité alléguée.¹⁹⁸ (...)

En appliquant cette règle, le Groupe spécial a constaté ce qui suit:

Dans le présent différend, c'est donc au Canada qu'il incombe de fournir un commencement de preuve d'incompatibilité de la mesure australienne en cause avec chacune des dispositions de l'*Accord SPS* que le Canada invoque. Une fois que cela est fait, c'est à l'Australie qu'il appartient de repousser ou de réfuter l'incompatibilité alléguée. En d'autres termes, si le Canada "fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à [l'Australie], qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption".¹⁹⁹

258. En appréciant les diverses allégations formulées par le Canada au sujet de la compatibilité de la mesure en cause avec les paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5 (et, indirectement, avec les paragraphes 2 et 3 de l'article 2), le Groupe spécial a examiné les éléments de preuve présentés par le

¹⁹⁸ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 98.

¹⁹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.40.

Canada pour étayer ses allégations et ceux présentés par l'Australie à titre de réfutation. Pour chacune de ces allégations, le Groupe spécial est parvenu à la conclusion que le Canada avait fourni un commencement de preuve d'incompatibilité avec les dispositions pertinentes de l'*Accord SPS* et que l'Australie n'avait pas réfuté cette présomption d'incompatibilité.²⁰⁰

259. L'Australie admet que le Groupe spécial a clairement énoncé le principe de la charge de la preuve tel que nous l'avons établi dans le rapport sur l'affaire *États-Unis – Chemises, chemisiers et blouses* et, dans son application spécifique à l'*Accord SPS*, dans le rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Hormones*.²⁰¹ Cependant, elle soutient que le Groupe spécial "a appliqué la charge de la preuve de manière inexacte"²⁰² et n'a pas apprécié correctement, lorsqu'il a examiné les éléments de preuve dont il disposait, la question de savoir si le Canada s'était acquitté de la charge de la preuve en ce qui concernait ses allégations au titre des paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5.²⁰³

260. Il nous semble que l'Australie ne conteste pas au fond l'attribution de la charge de la preuve, mais plutôt la façon dont le Groupe spécial a examiné et pesé les éléments de preuve lorsqu'il a conclu que le Canada avait fourni un commencement de preuve d'incompatibilité avec les paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5. Dans le rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, nous avons dit ce qui suit:

En vertu de l'article 17:6 du Mémoire d'accord, l'examen en appel se limite aux appels concernant les questions de droit couvertes par le rapport d'un groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci (...) La 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. La compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait ou d'un ensemble de faits donné avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée est, toutefois, une question de qualification juridique. C'est une question de droit. La question de

²⁰⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.59 et 8.99 (s'agissant de l'article 5:1), paragraphes 8.137, 8.139, 8.141 et 8.159 (s'agissant de l'article 5:5) et paragraphes 8.171, 8.181 et 8.182 (s'agissant de l'article 5:6).

²⁰¹ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 85.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Ces allégations figurent dans la communication de l'Australie en tant qu'appelant, aux paragraphes 90 à 96. Nous notons que dans les parties de cette communication portant sur les paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5, ces allégations sont répétées aux paragraphes suivants:

- article 5:1: paragraphes 137, 138 et 141;
- article 5:5: paragraphes 147, 184, 186, 187, 190, 198, 199, 205, 210, 212, 218, 220 à 224, 275 et 297;
- article 5:6: paragraphes 299 à 302, 305, 318 et 319.

savoir si un groupe spécial a procédé ou non à une évaluation objective des faits dont il était saisi, comme le prescrit l'article 11 du Mémorandum d'accord, est également une question de droit qui, si elle est soulevée correctement en appel, entre dans le champ de l'examen en appel.²⁰⁴

261. L'examen et la pondération par le Groupe spécial des éléments de preuve étayant les allégations du Canada sont liés à son appréciation des faits et n'entrent donc pas dans le champ de l'examen en appel, conformément à l'article 17:6 du Mémorandum d'accord.

B. *Évaluation objective de la question*

262. L'Australie prétend que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question dont il était saisi et qu'il n'a pas appliqué le critère d'examen approprié conformément à l'article 11 du Mémorandum d'accord. L'Australie soutient que le Groupe spécial "a fait abstraction complètement ou en partie d'éléments de preuve pertinents qui lui avaient été communiqués, ou qu'il a dénaturé les éléments de preuve d'une manière qui allait au-delà de la seule question du poids qu'il leur avait attribué, et qui constituait une erreur flagrante assimilable à une erreur de droit".²⁰⁵ Elle soutient également que le Groupe spécial n'a pas accordé la déférence voulue à certaines questions de fait exposées par les parties.²⁰⁶

263. Parmi les diverses allégations formulées par l'Australie, il y en a deux qui se détachent. La première concerne l'examen par le Groupe spécial des études scientifiques qui étaient, selon l'Australie, soit non pertinentes, soit trop générales pour répondre à la question des risques relatifs encourus par la population de salmonidés australiens du fait de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination de produits à base de salmonidés par rapport aux produits à base d'espèces autres que les salmonidés.²⁰⁷ La seconde est l'allégation selon laquelle le Groupe spécial a très mal décrit le

²⁰⁴ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 132.

²⁰⁵ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 105. Les allégations spécifiques de l'Australie concernant le fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question lors de l'examen des allégations formulées par le Canada au titre des paragraphes 1, 5 et 6 de l'article 5 sont exposées aux paragraphes suivants de la communication de l'Australie en tant qu'appelant:

- article 5:1: paragraphes 142 à 144;
- article 5:5: paragraphes 147, 177, 212 et 225 à 297;
- article 5:6: paragraphes 299 à 301, 305 et 312 à 314.

²⁰⁶ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 100. Les faits exposés par l'Australie, auxquels le Groupe spécial n'a pas, selon elle, accordé la déférence voulue, ont trait à la détermination du niveau de protection qu'elle juge approprié, au Rapport final de 1996, à la qualification de la mesure en cause par l'Australie et au fait que les Conditions de 1988 ne s'appliquent pas aux saumons frais, réfrigérés ou congelés, aux pratiques et mécanismes internes d'évaluation des risques, y compris le rôle joué par les projets de rapports et les projets de recommandations, ainsi qu'au statut juridique et à l'application des mesures SPS.

²⁰⁷ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 168 à 183, 231 à 239 et 243 à 246.

processus relatif aux projets de rapports, aux projets de recommandations et aux projets de lois du gouvernement australien, ainsi que la nature et l'objet de ces projets.²⁰⁸

264. Dans notre rapport sur l'affaire *Communautés européennes – Hormones*, nous avons dit:

(...) À l'évidence, les erreurs d'appréciation des éléments de preuve ne peuvent pas toutes ... être considérées comme un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective des faits. (...) L'obligation de procéder à une évaluation objective des faits est notamment une obligation d'examiner les éléments de preuve fournis à un groupe spécial et d'établir des constatations factuelles sur la base de ces éléments de preuve. Ignorer de propos délibéré ou refuser d'examiner les éléments de preuve fournis à un groupe spécial est incompatible avec l'obligation de ce dernier de procéder à une évaluation objective des faits. De même, fausser ou déformer intentionnellement les éléments de preuve fournis à un groupe spécial est incompatible avec une évaluation objective des faits. "Ignorer", "fausser" et "déformer" les éléments de preuve, au sens ordinaire que ces termes ont dans les procédures judiciaires et quasi judiciaires implique non pas une simple erreur de jugement dans l'appréciation des éléments de preuve mais une *erreur fondamentale qui met en doute la bonne foi d'un groupe spécial*. Alléguer qu'un groupe spécial a ignoré ou faussé les éléments de preuve qui lui ont été fournis revient à alléguer que le groupe spécial, dans une mesure plus ou moins grande, a refusé à la partie ayant fourni les éléments de preuve l'équité élémentaire, ou ce qui est connu dans nombre de systèmes juridiques comme les droits de la défense ou la justice naturelle.²⁰⁹ (non souligné dans l'original)

265. Nous rappelons également que nous avons déclaré, dans le cadre de l'affaire *Communautés européennes – Volailles*:

Dire qu'un groupe spécial n'a pas procédé à l'"évaluation objective de la question dont il était saisi" comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord est une *allégation très grave*. Cette allégation touche au fondement même de l'intégrité du processus de règlement des différends de l'OMC proprement dit. (...) ²¹⁰ (non souligné dans l'original)

266. À notre avis, le Groupe spécial n'a pas "ignoré de propos délibéré", "refusé d'examiner", "faussé" ou "déformé intentionnellement" les éléments de preuve dans la présente affaire, pas plus que l'Australie n'a démontré que le Groupe spécial a commis une "erreur fondamentale qui met en doute [sa] bonne foi". Nous concluons donc que le Groupe spécial n'a pas abusé de son pouvoir

²⁰⁸ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 281 à 289.

²⁰⁹ Rapport adopté le 13 février 1998, WT/DS26/AB/R-WT/DS48/AB/R, paragraphe 133.

²¹⁰ Rapport adopté le 23 juillet 1998, WT/DS69/AB/R, paragraphe 133.

d'appréciation d'une manière qui s'approche même du degré de gravité requis pour qu'une allégation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord puisse être retenue.

267. Enfin, en réponse à l'affirmation de l'Australie selon laquelle le Groupe spécial n'a pas accordé "la déférence voulue" à certaines questions de fait qu'elle avait exposées, nous notons que l'article 11 du Mémoire d'accord demande aux groupes spéciaux de "procéder à une évaluation objective de la question dont [ils sont saisis], 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". Par conséquent, le Groupe spécial était chargé d'évaluer les faits d'une manière compatible avec l'obligation qu'il avait de procéder à une "évaluation objective de la question dont il [était] saisi". Nous estimons que c'est ce que le Groupe spécial a fait en l'occurrence. Cependant, 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.

C. *Acceptation et examen de certains éléments de preuve*

268. L'Australie prétend que le Groupe spécial a eu tort d'accepter certains éléments de preuve présentés par le Canada après le 7 octobre 1997, date limite fixée par le Groupe spécial dans le cadre de ses procédures de travail. D'après elle, ce dernier s'est appuyé sur quelques-uns de ces éléments de preuve pour parvenir à ses constatations.²¹¹ Elle fait part de ses préoccupations au sujet de la régularité de la procédure, en particulier en ce qui concerne la version originale et la version révisée du "Rapport Vose", présentées au Groupe spécial les 18 décembre 1997 et 5 février 1998 respectivement. Elle s'élève également contre le fait que le Groupe spécial a examiné, comme il est indiqué au paragraphe 8.98 de son rapport, des éléments de preuve mentionnés mais non présentés par le Canada.

269. S'agissant du "Rapport Vose", le Groupe spécial a dit:

À notre deuxième réunion de fond, l'Australie nous a demandé d'exclure de notre examen l'annexe K (...) le "Rapport Vose" [...] communiqué[e] après la date limite du 7 octobre 1997. (...) [P]uisque, à notre avis, le Rapport Vose n'est pas, en tout état de cause, déterminant pour notre rapport, nous n'allons pas l'étudier plus avant dans le cadre de notre examen. (...)²¹²

²¹¹ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 116.

²¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.4.

270. Dans la note de bas de page 315 de son rapport, le Groupe spécial décrit les éléments de preuve dont il est question au paragraphe 8.98 comme suit:

Éléments de preuve mentionnés par le Canada dans son exposé oral à la deuxième réunion de fond, non communiqués au Groupe spécial, mais non contestés par l'Australie.

271. Nous notons que le Groupe spécial a indiqué explicitement qu'il n'étudierait pas le "Rapport Vose" dans le cadre de son examen final. Nous notons également que l'Australie n'a pas démontré que le Groupe spécial avait étudié ce rapport dans le cadre de son examen final. Nous ne voyons donc pas comment elle pourrait exprimer des préoccupations relatives à la régularité de la procédure concernant l'"étude" de ce rapport à laquelle aurait procédé le Groupe spécial.

272. D'une manière plus générale, s'agissant de l'allégation de l'Australie selon laquelle le Groupe spécial a eu tort d'accepter des éléments de preuve présentés après le 7 octobre 1997, nous notons que les Procédures de travail figurant à l'appendice 3 du Mémoire d'accord ne fixent aucune date limite précise. En vertu des dispositions de l'article 12:1 du Mémoire d'accord, les groupes spéciaux peuvent établir leurs propres procédures de travail, en plus de celles énoncées à l'appendice 3. En l'espèce, le Groupe spécial avait initialement fixé la date limite pour la communication des éléments de preuve au 7 octobre 1997, mais il a ensuite décidé d'accepter des éléments de preuve présentés ultérieurement. Nous notons que l'article 12:2 du Mémoire d'accord dispose que "[l]a procédure des groupes spéciaux devrait offrir une flexibilité suffisante pour que les rapports des groupes spéciaux soient de haute qualité, sans toutefois retarder indûment les travaux des groupes". Cependant, un groupe spécial doit veiller à respecter la régularité de la procédure, ce qui suppose qu'il doit ménager aux parties la possibilité de réfuter les éléments de preuve présentés. La question de savoir si le Groupe spécial a ménagé à l'Australie cette possibilité est abordée dans la section suivante.

273. Enfin, s'agissant des éléments de preuve mentionnés mais non présentés par le Canada, nous notons qu'ils sont cités dans le Rapport final de 1996, que l'Australie a présenté comme étant son évaluation des risques. Ils devaient donc être connus et à la disposition de l'Australie. Nous ne constatons aucune erreur dans l'acceptation et l'examen par le Groupe spécial de cet élément de preuve.

D. *Droit de réponse*

274. L'Australie prétend que le Groupe spécial a eu tort de lui refuser la possibilité de présenter par écrit une communication formelle pour réfuter l'exposé oral présenté par le Canada lors de la

deuxième réunion du Groupe spécial. Elle soutient que le Canada a soulevé des "questions réellement nouvelles" dans son exposé.²¹³

275. Au paragraphe 8.22 de son rapport, le Groupe spécial a dit:

À notre deuxième réunion de fond, l'Australie a formulé une allégation de procédure liée à l'exposé oral que le Canada a fait à cette réunion. Selon l'Australie, l'exposé oral du Canada apportait à la nature de ses allégations spécifiques sur des points de droit des changements fondamentaux qui étaient d'une portée telle qu'elle devrait être autorisée à les réfuter au moyen d'une communication écrite formelle qu'elle présenterait à cet effet. Pour ce motif, l'Australie a demandé au Groupe spécial de lui accorder davantage de temps, par exemple une semaine supplémentaire, pour lui permettre de présenter une troisième communication écrite à titre de réfutation. (...) Nous avons par conséquent accédé à la demande de l'Australie de présenter une troisième communication écrite dans un délai d'une semaine après notre deuxième réunion de fond. Nous avons offert la même possibilité au Canada et précisé que l'une ou l'autre de ces troisièmes communications devaient se limiter aux "changements fondamentaux" apportés par le Canada qui ont été indiqués dans un exposé oral fait par l'Australie à la deuxième réunion de fond. Le 13 février 1998, nous avons reçu une troisième communication des deux parties.²¹⁴

276. Nous notons que dans sa communication en tant qu'appelant, l'Australie affirme que la description faite au paragraphe 8.22 du rapport du Groupe spécial n'est pas exacte.²¹⁵ Néanmoins, l'examen de l'exactitude factuelle de la description qui a été faite par le Groupe spécial n'entre évidemment pas dans le champ de notre examen en appel.

277. Nous notons également que, bien que l'Australie affirme que l'exposé oral présenté par le Canada lors de la deuxième réunion avec le Groupe spécial a soulevé des "questions réellement

²¹³ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 107 et suivants.

²¹⁴ Nous notons également qu'au paragraphe 7.8 de la partie "Réexamen intérimaire", le Groupe spécial a dit dans son rapport:

L'Australie estime qu'il aurait fallu lui ménager la possibilité de réfuter les "changements fondamentaux" apportés par le Canada au moyen d'une communication écrite formelle, non au moyen d'une observation écrite limitée à certaines questions. (...) À notre avis, que la possibilité supplémentaire que nous avons ménagée aux parties de présenter des arguments ait ou non abouti à une communication écrite formelle ou à une observation écrite n'entre pas en ligne de compte.

²¹⁵ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphes 108, 110 et 111. L'Australie estime que le court document intitulé "Observations écrites de l'Australie", présenté le 13 février 1998, ne constitue pas une communication écrite formelle. (Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 114.)

nouvelles"²¹⁶, elle a précisé au cours de l'audience qu'elle ne prétendait pas que les questions ou allégations soulevées par le Canada débordaient le cadre du mandat du Groupe spécial, en ce sens qu'il ne s'agissait pas d'"allégations nouvelles" que celui-ci n'aurait pas eu pour mandat d'examiner.

278. L'Australie dit en substance qu'elle n'a pas eu le temps de préparer une réponse appropriée à l'exposé oral présenté par le Canada lors de la deuxième réunion du Groupe spécial, compte tenu de sa longueur et de l'élaboration importante des arguments. Cependant, d'après la description des travaux faite par le Groupe spécial, il semble que l'Australie ait demandé un délai d'une semaine pour répondre à l'exposé oral du Canada et que le Groupe spécial ait accédé à sa demande. Il est en matière de régularité de la procédure un principe fondamental voulant qu'une partie se voit accorder la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle. En l'espèce, nous pensons que le Groupe spécial a *effectivement* ménagé cette possibilité à l'Australie en l'autorisant à présenter une troisième communication écrite. Nous ne voyons pas en quoi le Groupe spécial n'aurait pas donné à l'Australie la garantie d'une procédure régulière en lui accordant le délai supplémentaire qu'elle avait demandé.

VII. Constatations et conclusions

279. Pour les raisons énoncées dans le présent rapport, l'Organe d'appel:

- a) infirme les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les Conditions de 1988 et les Prescriptions de 1996 relèvent du mandat du Groupe spécial; et conclut que la mesure SPS en cause dans le présent différend est la prohibition des importations de saumons frais, réfrigérés ou congelés imposée en vertu de la Proclamation n° 86A, telle qu'elle a été confirmée par la Décision de 1996, plutôt que la prescription en matière de traitement thermique énoncée dans les Conditions de 1988;
- b) estime que la référence faite par le Groupe spécial à l'article 6:1 de l'*Accord SPS* n'est pas "une constatation ou conclusion juridique" et que le Groupe spécial n'a donc pas outrepassé son mandat;
- c) infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause, telle qu'elle s'applique aux saumons du Pacifique pêchés en mer, n'est pas établie sur la base d'une évaluation des risques, conformément à l'article 5:1, et selon laquelle l'Australie a agi de façon incompatible avec l'article 5:1 et, par implication, avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS*, parce que le Groupe spécial a établi cette constatation en

²¹⁶ Communication de l'Australie en tant qu'appelant, paragraphe 107. Voir également la déclaration d'appel, point 6.

partant du postulat erroné que la mesure SPS en cause dans le présent différend était la prescription en matière de traitement thermique, plutôt que la prohibition à l'importation;

- d) constate, compte tenu des constatations de fait du Groupe spécial, que le Rapport final de 1996 *ne constitue pas* une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 et de la première définition figurant au paragraphe 4 de l'annexe A de l'*Accord SPS*, et que l'Australie, en prohibant les importations de saumons du Pacifique frais, réfrigérés ou congelés, pêchés en mer sans avoir procédé à une véritable évaluation des risques, a agi de façon incompatible avec l'article 5:1 et, par implication, avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS*;
- e) confirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle, en maintenant la mesure en cause, telle qu'elle s'applique aux saumons du Pacifique pêchés en mer, l'Australie a agi de façon incompatible avec les obligations qui lui sont faites à l'article 5:5 et, par implication, à l'article 2:3 de l'*Accord SPS*;
- f) infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle la mesure en cause, telle qu'elle s'applique aux saumons du Pacifique pêchés en mer, est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est requis" pour permettre à l'Australie d'obtenir le niveau de protection approprié, et selon laquelle l'Australie a agi de façon incompatible avec l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, parce que le Groupe spécial a établi cette constatation en partant du postulat erroné que la mesure SPS en cause dans le présent différend était la prescription en matière de traitement thermique, plutôt que la prohibition à l'importation;
- g) n'est pas en mesure de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si oui ou non la mesure SPS en cause, à savoir la prohibition à l'importation, telle qu'elle s'applique aux saumons du Pacifique pêchés en mer, est compatible avec l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, en raison du caractère insuffisant des constatations de fait et des faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial;
- h) constate que le Groupe spécial a fait fausse route dans sa façon d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle en limitant ses constatations au titre des paragraphes 5 et 6 de l'article 5 aux saumons du Pacifique pêchés en mer, et en estimant qu'il était inutile d'examiner les paragraphes 5 et 6 de l'article 5 de l'*Accord SPS* pour ce qui est des autres saumons canadiens;

- i) constate qu'en appliquant la mesure SPS en cause aux autres saumons canadiens, l'Australie a agi de façon incompatible avec l'article 5:5 de l'*Accord SPS*;
- j) n'est pas en mesure de parvenir à une conclusion sur la question de savoir si oui ou non la mesure SPS en cause, à savoir la prohibition à l'importation, telle qu'elle s'applique aux autres saumons canadiens, est compatible avec l'article 5:6 de l'*Accord SPS*, en raison du caractère insuffisant des constatations de fait et des faits non contestés figurant au dossier du Groupe spécial;
- k) conclut qu'une constatation d'incompatibilité avec l'article 2:3, première phrase, peut être établie indépendamment d'une constatation d'incompatibilité avec l'article 5:5, mais, en raison du caractère insuffisant des constatations de fait et des faits qui ne sont pas contestés dans le rapport final, n'est pas en mesure de déterminer si la mesure en cause constitue une discrimination arbitraire ou injustifiable au sens de l'article 2:3, première phrase, de l'*Accord SPS*;
- l) conclut que l'examen et la pondération par le Groupe spécial des éléments de preuve étayant les allégations du Canada sont liés à son appréciation des faits et n'entrent donc pas dans le champ de l'examen en appel;
- m) conclut que le Groupe spécial n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation d'une manière incompatible avec ses obligations au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord;
- n) conclut que l'acceptation et l'examen par le Groupe spécial de certains éléments de preuve présentés ou cités par le Canada ne remettent pas en cause la régularité de la procédure d'une manière incompatible avec le Mémoire d'accord; et
- o) conclut que, puisque le Groupe spécial a accordé à l'Australie un délai supplémentaire pour répondre à l'exposé oral présenté par le Canada lors de la deuxième réunion du Groupe spécial, il n'a pas omis de donner à l'Australie la garantie d'une procédure régulière d'une manière incompatible avec le Mémoire d'accord.

280. L'Organe d'appel *recommande* que l'ORD demande à l'Australie de mettre la mesure qui, dans le présent rapport et dans le rapport du Groupe spécial, tel qu'il est modifié par le présent rapport, est jugée incompatible avec l'*Accord SPS*, en conformité avec ses obligations au titre de cet accord.

Texte original signé à Genève le 7 octobre 1998 par:

Claus-Dieter Ehlermann
Président de la section

Christopher Beeby
Membre

Said El-Naggar
Membre