



**CORÉE – INTERDICTIONS D'IMPORTER, ET PRESCRIPTIONS EN MATIÈRE
D'ESSAIS ET DE CERTIFICATION POUR LES RADIONUCLÉIDES**

AB-2018-1

Rapport de l'Organe d'appel

Addendum

Le présent addendum contient les annexes A à C du rapport de l'Organe d'appel distribué sous la cote WT/DS495/AB/R.

La déclaration d'appel et la déclaration d'un autre appel ainsi que les résumés analytiques des communications écrites figurant dans le présent addendum sont reproduits tels qu'ils ont été reçus des participants et des participants tiers. Leur contenu n'a pas été révisé ni édité par l'Organe d'appel, si ce n'est que, le cas échéant, les paragraphes et les notes de bas de page qui ne commençaient pas au numéro un dans l'original ont été renumérotés et le texte a été formaté pour être conforme au style de l'OMC. Les résumés analytiques ne remplacent pas les communications des participants et des participants tiers dans le cadre de l'examen de l'appel par l'Organe d'appel.

LISTE DES ANNEXES**ANNEXE A****DÉCLARATIONS D'APPEL ET D'UN AUTRE APPEL**

Table des matières		Page
Annexe A-1	Déclaration d'appel présentée par la Corée	4
Annexe A-2	Déclaration d'un autre appel présentée par le Japon	8

ANNEXE B**ARGUMENTS DES PARTICIPANTS**

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication de la Corée en tant qu'appelant	10
Annexe B-2	Résumé analytique de la communication du Japon en tant qu'autre appelant	18
Annexe B-3	Résumé analytique de la communication du Japon en tant qu'intimé	24
Annexe B-4	Résumé analytique de la communication de la Corée en tant qu'intimé	37

ANNEXE C**ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS**

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication du Brésil en tant que participant tiers	41
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant que participant tiers	42
Annexe C-3	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant que participant tiers	45

ANNEXE A

DÉCLARATIONS D'APPEL ET D'UN AUTRE APPEL

Table des matières		Page
Annexe A-1	Déclaration d'appel présentée par la Corée	4
Annexe A-2	Déclaration d'un autre appel présentée par le Japon	8

ANNEXE A-1**DÉCLARATION D'APPEL PAR LA CORÉE***

1. Conformément aux articles 16:4 et 17 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends ("Mémorandum d'accord") et à la règle 20 des Procédures de travail pour l'examen en appel (WT/AB/WP/6, 16 août 2010) ("Procédures de travail"), la Corée notifie à l'Organe de règlement des différends ("ORD") sa décision de faire appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial *Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides* (WT/DS495/R) ("rapport du Groupe spécial").

2. Conformément à la règle 21 des Procédures de travail, la Corée dépose la présente déclaration d'appel conjointement avec sa communication en tant qu'appelant auprès du secrétariat de l'Organe d'appel.

3. Conformément à la règle 20 2) d) iii) des Procédures de travail, la présente déclaration d'appel comprend une liste indicative des paragraphes du rapport du Groupe spécial contenant les erreurs alléguées, sans préjudice de la capacité de la Corée de mentionner d'autres paragraphes du rapport du Groupe spécial dans le cadre de son appel.

4. La Corée demande que l'Organe d'appel examine le choix des experts fait par le Groupe spécial. En particulier, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémorandum d'accord en choisissant des experts qui avaient un conflit d'intérêts en ce qui concerne cette question.¹ La Corée demande à l'Organe d'appel de constater que, en consultant ces experts, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec les droits de la Corée en matière de régularité de la procédure au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord. Étant donné que le Groupe spécial s'est appuyé sur ses consultations avec ces experts dans son évaluation au titre des articles 5.7, 5.6 et 2.3 de l'Accord SPS², la Corée demande que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial au titre de ces dispositions, y compris celles des paragraphes 7.96, 7.108 et 7.109, 7.111, 7.251 à 7.256, 7.321 et 7.322, 7.349 et 7.350, 7.355, 7.359 et 7.360, 8.1, 8.2 b à e, et 8.3 a et b.

5. La Corée demande que l'Organe d'appel examine les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 5:7 de l'Accord SPS. Le Groupe spécial a fait erreur en formulant des constatations au titre de l'article 5:7 même si la disposition ne relevait pas de son mandat.³ La Corée demande à l'Organe d'appel de constater que, en procédant de cette manière, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec les articles 6:2, 7 et 11 du Mémorandum d'accord.

6. La Corée demande également que l'Organe d'appel examine l'interprétation et l'application de l'article 5:7 par le Groupe spécial. En particulier, le Groupe spécial a fait erreur en constatant ce qui suit:

- La Corée assumait la charge de la preuve au titre de l'article 5:7.⁴
- Les preuves scientifiques n'étaient pas insuffisantes pour la conduite d'une évaluation des risques en ce qui concerne les interdictions d'importer par produit, l'interdiction générale

* Le présent document, daté du 9 avril 2018, a été distribué aux Membres sous la cote WT/DS495/8.

¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 1.26, 1.27 et 1.28.

² Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.92, 7.93, 7.167, 7.190, 7.195 e), 7.197, 7.199, 7.203, 7.205, 7.206, 7.208, 7.209, 7.210, 7.216, 7.223, 7.230, 7.236, 7.238, 7.239, 7.243 et 7.315.

³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.75, 7.93, 7.96, 7.107, 7.108, 7.109, 7.111 et 8.1.

⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.75.

d'importer et l'extension des prescriptions imposant des essais additionnels aux produits de la pêche et de l'élevage en 2013.⁵

- L'interdiction générale d'importer de 2013 et les prescriptions de 2013 imposant des essais additionnels n'étaient pas fondées sur les éléments de preuve disponibles pertinents.⁶
- La Corée n'a pas examiné les mesures dans un délai raisonnable.⁷

7. La Corée demande également que l'Organe d'appel examine l'analyse faite par le Groupe spécial du point de savoir si les mesures étaient fondées sur les éléments de preuve disponibles pertinents à la lumière de l'article 11 du Mémoire d'accord. Le fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord comprend son raisonnement entaché d'une contradiction interne en relation avec les interdictions par produit et l'interdiction d'importer.⁸

8. En conséquence, la Corée demande que l'Organe d'appel infirme les constatations de l'Organe d'appel figurant aux paragraphes 7.75, 7.93, 7.96, 7.100, 7.106 à 7.112 et 8.1. Les erreurs du Groupe spécial dans l'interprétation et l'application de l'article 5:7 ont également invalidé ses constatations au titre des articles 2:3 et 5:6. Par conséquent, la Corée demande que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 2:3 figurant aux paragraphes 7.321 et 7.322, 7.349 et 7.350, 7.355, 7.359 et 7.360 et 8.3 a et b, et ses constatations au titre de l'article 5:6 figurant aux paragraphes 7.251 à 7.256 et 8.2 b à e.

9. La Corée demande que l'Organe d'appel examine l'interprétation et l'application de l'article 5:6 de l'Accord SPS par le Groupe spécial. Elle demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'article 5:6.⁹ Les erreurs du Groupe spécial au titre de l'article 5:6 comprennent les constatations suivantes:

- Le Japon avait établi que la mesure de rechange suggérée aurait permis d'obtenir le niveau approprié de protection de la Corée en ce qui concerne l'adoption des prescriptions imposant des essais additionnels et des interdictions d'importer visant les 28 produits de la pêche de 2013, à l'exception de la morue du Pacifique en provenance des préfectures de Fukushima et d'Ibaraki.¹⁰
- Le Japon avait établi que sa mesure de rechange permettrait d'obtenir le niveau approprié de protection de la Corée en ce qui concerne le maintien de toutes les mesures.¹¹

10. En conséquence, la Corée demande que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial figurant aux paragraphes 7.251 à 7.256 et 8.2 b à e établissant que les mesures de la Corée étaient plus restrictives pour le commerce qu'il n'était requis pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'elle jugeait approprié au sens de l'article 5:6.

11. La Corée demande également l'examen des constatations du Groupe spécial au titre de l'article 5:6 parce que le Groupe spécial a appliqué un critère d'examen incorrect et n'a donc pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Le fait que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question comprenait son examen d'éléments de preuve qui n'étaient pas à la disposition des autorités coréennes au moment de l'adoption des mesures et l'examen de données qui n'existaient pas au moment où le Groupe spécial avait été établi.¹²

12. En conséquence, la Corée demande que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial concernant l'utilisation de ces éléments de preuve et données, en particulier celles des

⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.93, 7.96, 7.108 et 7.111.

⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.109 et 7.111.

⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.107, 7.110 et 7.111.

⁸ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.98, 7.100, 7.109 et 7.111.

⁹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.172 et 7.173.

¹⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.251 et 7.253.

¹¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.252 et 7.253.

¹² Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.4 à 7.6, 7.129, 7.142 et 7.199 et 7.200.

paragraphe 7.5, 7.8, 7.134, 7.142, 7.207, 7.219, 7.226, 7.236 et 7.245. Étant donné que le Groupe spécial s'est appuyé sur ces éléments de preuve et données dans son évaluation au titre de l'article 5:6, la Corée demande aussi que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les mesures SPS de la Corée sont incompatibles avec l'article 5:6 de l'Accord SPS, y compris celles des paragraphes 7.251 à 7.256 et 8.2 b à e.¹³

13. La Corée demande que l'Organe d'appel examine l'interprétation et l'application par le Groupe spécial de l'article 2:3 de l'Accord SPS. Le Groupe spécial a fait erreur, entre autres choses, en constatant ce qui suit:

- Des conditions similaires existaient au Japon et sur le territoire d'autres Membres en ce qui concerne l'adoption des prescriptions de 2013 imposant des essais additionnels et de l'interdiction générale d'importer pour les 27 produits de la pêche visés par l'allégation du Japon et pour la morue du Pacifique originaire des préfectures d'Aomori, de Chiba, de Gunma, d'Iwate, de Miyagi et de Tochigi, et des conditions similaires existaient au Japon et sur le territoire d'autres Membres pour tous les produits alimentaires, y compris les 28 produits de la pêche, en ce qui concerne le maintien des mesures de la Corée.¹⁴
- L'interdiction d'importer et les prescriptions imposant des essais additionnels établissent une discrimination arbitraire ou injustifiable.¹⁵
- Les prescriptions de 2013 imposant des essais additionnels et l'interdiction générale d'importer pour les 27 produits de la pêche visés par l'allégation du Japon en provenance des 8 préfectures et la morue du Pacifique en provenance de 6 préfectures, c'est-à-dire à l'exclusion de la morue du Pacifique en provenance des préfectures de Fukushima et d'Ibaraki, étaient incompatibles avec l'article 2:3, première phrase, de l'Accord SPS, lorsque la Corée les a adoptées et, en maintenant les interdictions d'importer par produit et l'interdiction générale d'importer pour les 28 produits de la pêche en provenance des 8 préfectures et les prescriptions de 2011 et 2013 imposant des essais additionnels pour les produits japonais, la Corée a agi d'une manière incompatible avec l'article 2:3, première phrase, de l'Accord SPS.¹⁶
- Les mesures de la Corée constituent des restrictions déguisées au commerce international et sont donc une violation de la deuxième phrase de l'article 2:3 de l'Accord SPS.¹⁷

14. En outre, la Corée demande que l'Organe d'appel constate que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question et a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en examinant des éléments et des données qui n'étaient pas à la disposition de l'organisme de réglementation coréen lorsque les mesures ont été adoptées et des éléments de preuve et des données postérieurs à l'établissement du Groupe spécial. Étant donné que la constatation du Groupe spécial selon laquelle des conditions similaires existaient était fondée sur ces éléments de preuve et données, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmes les constatations du Groupe spécial concernant l'utilisation de ces éléments de preuve et données, en particulier celles des paragraphes 7.5, 7.8, 7.134, 7.142, 7.307 et 7.308, 7.311, 7.315, 7.319, ainsi que les constatations finales d'incompatibilité avec l'article 2:3, figurant aux paragraphes 7.321 et 7.322, 7.355, 7.360 et 8.3 a et b.¹⁸

15. En conséquence, la Corée demande que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial figurant aux paragraphes 7.276, 7.283, 7.321 et 7.322, 7.349 et 7.350, 7.355, 7.359, 7.360 et 8.3 a et b, établissant que les mesures de la Corée sont incompatibles avec l'article 2:3.

¹³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.199, 7.200, 7.207, 7.219, 7.222 et 7.223, 7.225 et 7.226, 7.235, 7.251 à 7.256 et 8.2 b à e.

¹⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.321 et 7.322.

¹⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.349 et 7.350, 7.355, 7.360 et 8.3 a et b.

¹⁶ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.360 et 8.3 a et b.

¹⁷ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.359, 7.360 et 8.3 a et b.

¹⁸ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.5, 7.8, 7.134, 7.142, 7.307 et 7.308, 7.311, 7.315, 7.319, 7.321 et 7.322, 7.360 et 8.3 a et b.

16. La Corée demande que l'Organe d'appel examine l'interprétation et l'application par le Groupe spécial de l'article 7 et de l'Annexe B 1) et B 3) de l'Accord SPS. Le Groupe spécial a fait erreur, entre autres choses, en constatant ce qui suit:

- L'Annexe B 1) exige que la teneur de la réglementation soit publiée et que cette publication ait une teneur suffisante pour que le Membre importateur prenne connaissance des conditions, y compris des principes et méthodes spécifiques, qui s'appliquent à ses marchandises.¹⁹
- La Corée n'avait pas publié la teneur complète de l'interdiction générale d'importer et les prescriptions imposant des essais additionnels.²⁰
- Les communiqués de presse de 2011 et 2013 annonçant les prescriptions imposant des essais additionnels n'avaient pas une teneur suffisante pour permettre à un Membre intéressé de prendre connaissance des conditions qui seraient appliquées à ses marchandises.²¹
- La Corée n'a pas publié les mesures de manière à permettre au Japon de prendre connaissance des mesures contestées.²²
- La Corée a agi d'une manière incompatible avec l'Annexe B 1), et par conséquent avec l'article 7 de l'Accord SPS, en ce qui concerne la publication de toutes les mesures contestées.²³
- Le fait que le point d'information SPS de la Corée n'a pas répondu à la demande complémentaire du Japon, conjointement avec le fait qu'il n'a précédemment pas non plus fait le lien entre les réponses et documents fournis et leur pertinence pour les questions posées par le Japon, est suffisant pour établir que la Corée a agi d'une manière incompatible avec l'Annexe B 3) et, par conséquent, avec l'article 7 de l'Accord SPS.²⁴

17. De plus, la Corée demande que l'Organe d'appel constate que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11, du Mémoire d'accord, et a donc agi d'une manière incompatible avec l'article 11 en reprochant à la Corée de ne pas avoir fourni de liens d'archive des pages Web.²⁵ En conséquence, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmar les constatations du Groupe spécial figurant aux paragraphes 7.474 à 7.476, 7.485 à 7.487, 7.497 à 7.502 et 8.5 a.

18. En conséquence, la Corée demande que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial figurant aux paragraphes 7.464, 7.474 à 7.476, 7.483, 7.485 à 7.487, 7.492, 7.496 à 7.502, 7.509, 7.518 et 7.519, et 8.5, établissant que la Corée n'a pas publié les mesures conformément à l'article 7 et à l'Annexe B 1) et que la Corée n'a pas respecté l'article 7 et l'Annexe B 3).

¹⁹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.461 et 7.464.

²⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.483, 7.487, 7.492 et 7.496.

²¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.500 et 7.501.

²² Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.474, 7.476, 7.485, 7.487, 7.497, 7.500 et 7.501.

²³ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.474, 7.476, 7.487, 7.499 à 7.502 et 8.5 a.

²⁴ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.518, 7.519 et 8.5 b.

²⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.474, 7.485 et 7.497.

ANNEXE A-2**DÉCLARATION D'UN AUTRE APPEL PRÉSENTÉE PAR LE JAPON***

Conformément aux articles 16:4 et 17:1 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, le Japon notifie à l'Organe de règlement des différends sa décision de faire appel auprès de l'Organe d'appel de certaines questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci dans le différend *Corée – Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides* (WT/DS495). Conformément à la règle 23 1) des Procédures de travail pour l'examen en appel, le Japon dépose simultanément la présente déclaration d'un autre appel auprès du secrétariat de l'Organe d'appel.

Conformément à la règle 23 2) c) ii) C) des Procédures de travail pour l'examen en appel, la présente déclaration d'appel comprend une liste indicative des paragraphes du rapport du Groupe spécial contenant les erreurs alléguées, sans préjudice de la capacité du Japon de faire référence à d'autres paragraphes du rapport du Groupe spécial dans le contexte de son appel.

Pour les raisons qui seront développées plus avant dans ses communications à l'Organe d'appel, le Japon fait appel des constatations, conclusions et recommandations du Groupe spécial, et demande que l'Organe d'appel les infirme, les modifie ou les déclare sans fondement et sans effet juridique, en ce qui concerne les erreurs de droit et les interprétations du droit ci-après figurant dans le rapport du Groupe spécial:

1. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application des articles 3:3, 3:4, 3:7 et 11 du Mémoire d'accord, en ne tenant pas compte d'éléments de preuve présentés en temps opportun concernant la situation après la date d'établissement du Groupe spécial, lorsqu'il a évalué si le Japon avait établi *prima facie* que les prescriptions imposant des essais additionnels et les interdictions d'importer de la Corée étaient maintenues d'une manière incompatible avec les articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS.¹

2. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'application des articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS, en ne tenant pas compte d'éléments de preuve présentés en temps opportun concernant la situation après la date d'établissement du Groupe spécial, lorsqu'il a évalué si le Japon avait établi *prima facie* que les prescriptions imposant des essais additionnels et les interdictions d'importer de la Corée étaient maintenues d'une manière incompatible avec les articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS.²

3. Si l'Organe d'appel devait considérer, par suite de son examen des motifs d'appel indiqués aux paragraphes 1 et 2, que les erreurs du Groupe spécial dans la définition du champ temporel de son évaluation des éléments *prima facie* du Japon invalident les conclusions finales qu'il a formulées au titre des articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS, le Japon demande que l'Organe d'appel complète l'analyse et constate que, à la lumière de tous les éléments de preuve présentés en temps opportun, y compris ceux qui concernent la situation après la date d'établissement du Groupe spécial, les prescriptions imposant des essais additionnels et les interdictions d'importer de la Corée sont maintenues d'une manière incompatible avec les articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS.³

4. Le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'Annexe C 1) a) de l'Accord SPS, lorsqu'il a énoncé les conditions dans lesquelles il pouvait être présumé que les produits d'origine nationale et les produits importés étaient "similaires" au titre de l'Annexe C 1) a)⁴; lorsqu'il a constaté qu'il ne pouvait y avoir de présomption de similarité aux fins de l'allégation du Japon au titre de l'Annexe C 1) a)⁵; et lorsqu'il a constaté, en conséquence, que le Japon n'avait pas établi que la Corée avait agi d'une manière incompatible avec l'Annexe C 1) a) et, par conséquent, avec l'article 8 de l'Accord SPS.⁶

* Le présent document, daté du 16 avril 2018, a été distribué aux Membres sous la cote WT/DS495/9.

¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.134 à 7.143.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.134 à 7.143.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.113 à 7.256, 7.257 à 7.360, 8.2 b, c et e, et 8.3 b.

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.394 à 7.403.

⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.394 à 7.403.

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.409, 7.447 et 8.4.

ANNEXE B**ARGUMENTS DES PARTICIPANTS**

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication de la Corée en tant qu'appelant	10
Annexe B-2	Résumé analytique de la communication du Japon en tant qu'autre appelant	18
Annexe B-3	Résumé analytique de la communication du Japon en tant qu'intimé	24
Annexe B-4	Résumé analytique de la communication de la Corée en tant qu'intimé	37

ANNEXE B-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA CORÉE EN TANT QU'APPELANT

1. La Corée fait appel du rapport du Groupe spécial *Corée - Interdictions d'importer, et prescriptions en matière d'essais et de certification pour les radionucléides*.¹ Le Groupe spécial a commis de graves erreurs de droit et d'interprétation du droit, et n'a pas procédé à une évaluation objective de la question, en constatant que les mesures de la Corée étaient incompatibles avec l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires ("Accord SPS").

A. LE CHOIX DES EXPERTS FAIT PAR LE GROUPE SPÉCIAL ÉTAIT INCOMPATIBLE AVEC LES DROITS DE LA CORÉE EN MATIÈRE DE RÉGULARITÉ DE LA PROCÉDURE

2. Tout d'abord, la Corée fait appel du choix des experts fait par le Groupe spécial. Elle a mis en doute l'impartialité et l'indépendance de deux des experts qu'il a consultés. Bien que le Corée ait soulevé de telles préoccupations, le Groupe spécial a consulté ces experts au cours de la procédure, et a ainsi agi en violation des droits de la Corée en matière de régularité de la procédure.

3. Mme Patsy Thompson avait écrit des articles dans lesquels elle avait présenté sa propre évaluation du risque que présentait l'accident survenu à la centrale nucléaire de Fukushima Daiichi ("CNFD"). Cela donnait matière à de vives préoccupations quant au point de savoir si elle serait à même de donner des avis équitables et impartiaux au Groupe spécial. Les déclarations de Mme Thompson indiquaient sa partialité inhérente et son inclination à "préjuger" des positions des parties au différend.² M. Lynn Anspaugh a participé à l'élaboration du rapport du Comité scientifique des Nations Unies pour l'étude des effets des rayonnements ionisants ("UNSCEAR") sur l'accident survenu à la CNFD, que le Japon a spécifiquement cité à l'appui de son affirmation selon laquelle il n'y avait pas d'insuffisance dans les preuves scientifiques qui justifierait une discrimination à l'égard des produits alimentaires japonais ou qui rendrait nécessaires les restrictions au commerce imposées sur ces produits.³ M. Anspaugh a de fait été appelé à réexaminer ses propres travaux et à comparer son évaluation avec celle de la Corée. Il a en outre contribué à élaborer des rapports financés par le gouvernement japonais au sujet de préoccupations concernant les effets des radiations.

4. Le critère énoncé au paragraphe VI:2 des Règles de conduite est strict. Sur la base des préoccupations soulevées par la Corée, le Groupe spécial aurait dû conclure que Mme Thompson et M. Anspaugh n'étaient pas "indépendant[s] et impartiaux", et qu'ils avaient des "conflits d'intérêts directs ou indirects". En consultant ces experts, le Groupe spécial a gravement porté atteinte aux droits de la Corée en matière de régularité de la procédure. Par conséquent, la Corée demande à l'Organe d'appel de constater que, en consultant ces experts, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord. Étant donné que le Groupe spécial s'est appuyé sur ses consultations avec ces experts dans son évaluation au titre des articles 5:7, 5:6 et 2:3 de l'Accord SPS, la Corée demande que l'Organe d'appel infirme les constatations du Groupe spécial au titre de ces dispositions.

B. ERREURS DU GROUPE SPÉCIAL CONCERNANT L'ARTICLE 5:7 DE L'ACCORD SPS

5. Le Groupe spécial a fait erreur à plusieurs égards au regard de l'article 5:7. Premièrement, il a fait erreur en formulant des constatations au titre de l'article 5:7 alors que cette disposition ne relevait pas de son mandat. Le Japon n'a pas formulé d'allégation au titre de l'article 5:7. Le Groupe spécial a pourtant formulé des constatations sur le point de savoir si les mesures de la Corée satisfaisaient à chacune des prescriptions de l'article 5:7.⁴ En formulant des constatations sur des allégations qui ne relevaient pas de son mandat, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec les articles 6:2, 7 et 11 du Mémoire d'accord et ces constatations devraient donc être infirmées par l'Organe d'appel.⁵

¹ Rapport du Groupe spécial *Corée – Radionucléides (Japon)* ("rapport du Groupe spécial").

² Lettre de la Corée au Groupe spécial, 13 juin 2016.

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.82.

⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.111, 7.112 et 8.1.

⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Chili – Système de fourchettes de prix*, paragraphe 173.

6. Deuxièmement, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la Corée assumait la charge de la preuve au titre de l'article 5:7.⁶ L'article 5:7 établit un droit autonome et il incombait donc au Japon d'établir initialement *prima facie* qu'il y avait incompatibilité avec cette disposition.⁷ Le Groupe spécial est parvenu à sa conclusion sur la base d'une lecture erronée d'affaires antérieures soumises au titre de l'article 2:2, qui autorise explicitement le défendeur à invoquer l'article 5:7 en tant qu'exception. La Corée n'a pas invoqué l'article 5:7 en tant qu'exception à l'article 2:2 et n'a jamais fait valoir que ses mesures étaient exclues du champ d'application des articles 2:3 ou 5:6 par le fonctionnement de l'article 5:7. L'approche du Groupe spécial a en outre manqué d'impartialité, étant donné que celui-ci s'est principalement soucié d'une éventuelle incidence sur la partie plaignante et a indûment supposé que la partie défenderesse n'agissait pas de bonne foi. Il a en outre fait erreur en qualifiant de "postulat[] factuel[]" la question de droit consistant à savoir si les preuves scientifiques étaient insuffisantes pour la conduite d'une évaluation objective du risque.⁸ Étant donné que les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 5:7 ont été fondées sur une attribution incorrecte de la charge de la preuve, ces constatations devraient être infirmées. Si elle était acceptée, l'approche du Groupe spécial transformerait l'article 5:7 en une exception.

7. Troisièmement, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les preuves scientifiques n'étaient pas insuffisantes pour la conduite d'une évaluation des risques en ce qui concerne les mesures imposées en 2013.⁹ Devant le Groupe spécial, la Corée a indiqué plusieurs facteurs pour lesquels les preuves scientifiques étaient insuffisantes.¹⁰ Les constatations du Groupe spécial confirment que les renseignements concernant ces facteurs comportaient des lacunes substantielles.¹¹ De plus, le dossier du Groupe spécial confirme que les conditions environnementales et écologiques auxquelles la Corée s'est référée étaient pertinentes pour la capacité de l'organisme de réglementation coréen de procéder à une évaluation des risques.¹²

8. L'article 5:1 fait référence à une évaluation des risques "selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances". L'article 5:2 cite les "conditions écologiques et environnementales pertinentes" comme facteur à prendre en considération dans l'évaluation des risques. En ne tenant pas dûment compte des lacunes concernant les facteurs écologiques et environnementaux, le Groupe spécial a adopté une approche trop étroite de l'évaluation des risques, en contradiction avec les indications de l'Organe d'appel.¹³ De plus, en négligeant l'importance des fuites qui continuaient d'exister et des fuites potentielles, le Groupe spécial a, de fait, enlevé aux Membres la possibilité de prendre des mesures préventives.¹⁴ Pour ces raisons, ainsi qu'en raison de l'évaluation entachée d'une contradiction interne de certains points de fait par le Groupe spécial¹⁵, et du fait que celui-ci n'a pas tenu compte du caractère limité des renseignements concernant l'état de la CNFD¹⁶, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmar les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les preuves scientifiques n'étaient pas insuffisantes pour la conduite d'une évaluation des risques en ce qui concerne les mesures adoptées en 2013.

9. Quatrièmement, le Groupe spécial a interprété et appliqué de façon incorrecte la prescription selon laquelle les mesures SPS provisoires doivent être adoptées "sur la base des renseignements pertinents disponibles". L'article 5:7 prescrit qu'il doit y avoir "une relation rationnelle et objective entre les renseignements concernant un certain risque et la mesure SPS provisoire d'un Membre".¹⁷ Le Groupe spécial a adopté un critère incorrect exigeant que les "renseignements pertinents disponibles" soient expressément mentionnés dans la mesure SPS contestée.¹⁸ Ce critère trop étroit est incompatible avec le texte même de l'article 5:7 et avec l'interprétation de cette disposition par l'Organe d'appel. Rien dans le texte de l'article 5:7 ne prescrit que les "renseignements pertinents disponibles" soient expressément indiqués dans la mesure SPS prise par le Membre qui réglemente ou que l'examen d'une relation rationnelle et objective soit limité aux renseignements relatifs à

⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.75.

⁷ Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphes 7.3000 à 7.3002.

⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.75.

⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.96.

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.80.

¹¹ Par exemple, rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.46, 2.47, 2.52, 2.57, 2.59 et 2.62.

¹² Procès-verbal de la réunion avec les experts, paragraphes 1.5, 3.34, et 4.135.

¹³ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 527.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.95.

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.63, 2.64, 7.90 et 7.91.

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.95.

¹⁷ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 678.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.100.

certaines risques expressément mentionnés dans la mesure SPS elle-même. Étant donné que le Groupe spécial a établi sa constatation sur la base de ce critère incorrect, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle elle n'a pas démontré que l'interdiction générale d'importer de 2013 et les prescriptions de 2013 en matière d'essais avaient été adoptées sur la base des renseignements pertinents disponibles.

10. De plus, le Groupe spécial a fait erreur en simplifiant à l'excès les prescriptions de la norme CODEX STAN 193-1995, et en imposant essentiellement aux Membres l'obligation d'établir leurs mesures SPS sur la base de la norme internationale pertinente.¹⁹ Si l'approche du Groupe spécial était acceptée, les Membres seraient dans l'impossibilité d'adopter des interdictions temporaires d'importer dans des situations d'urgence dans les cas où il existe une norme internationale. Le Groupe spécial n'a pas non plus procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en raison d'un raisonnement entaché d'une contradiction interne en ce qui concerne les interdictions par produit et l'interdiction d'importer.²⁰

11. Enfin, le Groupe spécial a appliqué un critère incorrect et a fait erreur en constatant que les mesures SPS de la Corée n'avaient pas été examinées dans un délai raisonnable.²¹ Il a fait abstraction du critère énoncé par l'Organe d'appel selon lequel le "délai raisonnable" doit être établi au cas par cas et dépend des circonstances propres à chaque cas d'espèce, y compris la difficulté d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour l'examen et les caractéristiques de la mesure SPS provisoire.²² De fait, le Groupe spécial s'est appuyé sur une interprétation incorrecte développée par un groupe spécial antérieur²³, selon laquelle "un délai raisonnable signifierait aussi rapidement qu'il était juridiquement possible tout en acceptant les raisons légitimes d'un retard".²⁴ Il n'a aucunement expliqué pourquoi il était en droit de ne pas tenir compte du critère énoncé par l'Organe d'appel. Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas dûment évalué les circonstances spécifiques de l'affaire, et a ainsi fait erreur dans son analyse. Pour ces raisons, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmer la constatation du Groupe spécial selon laquelle elle n'a pas examiné les mesures dans un délai raisonnable.²⁵

12. Pour ces raisons, la Corée demande à l'Organe d'appel de constater que l'article 5:7 ne relevait pas du mandat du Groupe spécial. Elle demande aussi à l'Organe d'appel d'infirmer toutes les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 5:7.

C. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT QUE LES MESURES DE LA CORÉE ÉTAIENT PLUS RESTRICTIVES POUR LE COMMERCE QU'IL N'ÉTAIT REQUIS AU TITRE DE L'ARTICLE 5:6

13. Le Groupe spécial a fait erreur en constatant, au titre de l'article 5:6, que les mesures de la Corée étaient plus restrictives pour le commerce qu'il n'était requis. Il a appliqué un niveau approprié de protection incorrect dans son évaluation et, par conséquent, a fait erreur en constatant que la mesure de rechange proposée par le Japon satisfait au niveau approprié de protection de la Corée.

14. Initialement, le Groupe spécial a correctement identifié le niveau approprié de protection de la Corée comme consistant en: 1) le maintien des niveaux de radioactivité à des niveaux qui existent dans l'environnement ordinaire; 2) le maintien de niveaux de contamination radioactive dans les aliments qui soient "aussi bas qu'il est raisonnablement possible"; et 3) le maintien de niveaux de contamination radioactive dans les aliments qui soient aussi bas qu'il est raisonnablement possible au-dessous de la limite de dose de rayonnements de 1 mSv/année.²⁶ Le Groupe spécial a aussi correctement conclu, initialement, que le niveau approprié de protection de la Corée n'était pas quantifié à 1 mSv par année.²⁷ Toutefois, dans son évaluation, le Groupe spécial a appliqué à tort un critère quantitatif de 1 mSv/année.²⁸ Il a considéré ce qui suit: "si le Japon peut démontrer que

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.98 et 7.100.

²⁰ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.98, 7.100, 7.109 et 7.111.

²¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.107.

²² Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Produits agricoles II*, paragraphe 93.

²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.102.

²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.102 (faisant référence au rapport du Groupe spécial *États-Unis – Animaux*, paragraphe 7.301).

²⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.107, 7.110, 7.111 et 8.1.

²⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.171 et 7.172.

²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.247.

²⁸ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.173.

la mesure de rechange qu'il propose peut permettre d'obtenir un niveau approprié de protection qui est inférieur à 1 mSv/année, il se sera acquitté de la charge qui lui incombe au titre du deuxième élément de l'article 5:6".²⁹ L'évaluation du Groupe spécial était fondamentalement viciée, car examiner si une mesure permet de respecter un seuil de 1 mSv/année ne revient pas à examiner si cette mesure permet d'obtenir le niveau approprié de protection de la Corée.

15. Il n'y a aucune prescription imposant aux Membres d'adopter un niveau approprié de protection quantitatif.³⁰ Pourtant, le Groupe spécial a constaté à tort ce qui suit: "si un Membre applique une mesure donnée assortie d'une limite quantitative expresse pour les contaminants, cela indique que les produits dont les niveaux de contaminants sont inférieurs à cette limite satisferont à son niveau approprié de protection".³¹ La déclaration du Groupe spécial montre qu'il a été incapable d'appliquer un niveau approprié de protection qualitatif. Si le Groupe spécial avait besoin d'un indicateur pratique sur la base duquel établir sa détermination, il aurait pu suivre l'approche ALARA adoptée par la norme CODEX STAN 193-1995, que la Corée avait présentée.³² Or le Groupe spécial n'a tenu aucun compte de cette approche et s'est appuyé au lieu de cela sur une approche quantitative incorrecte. Étant donné que l'analyse du Groupe spécial repose sur un critère incorrect, sa conclusion selon laquelle la mesure de rechange proposée par le Japon permettrait d'obtenir le niveau approprié de protection de la Corée est elle aussi incorrecte. En conséquence, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmar les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les mesures de la Corée étaient plus restrictives pour le commerce qu'il n'était requis au sens de l'article 5:6.

16. Par ailleurs, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en appliquant un critère d'examen incorrect. Il a pris en considération des éléments de preuve présentés par le Japon dont les autorités coréennes ne disposaient pas au moment où les mesures ont été adoptées. Le Groupe spécial a également pris en considération des données qui n'existaient pas au moment où il a été établi.

17. Un groupe spécial ne doit pas examiner des éléments de preuve qui n'existaient pas au moment où un organisme de réglementation a établi sa détermination car il ne peut pas être reproché à un tel organisme de ne pas avoir tenu compte de quelque chose dont il n'aurait pas pu avoir connaissance lorsqu'il a établi sa détermination.³³ En outre, une fois que de telles mesures et analyses sont disponibles, l'organisme de réglementation doit avoir la possibilité de les examiner et de les apprécier.³⁴

18. En conséquence, le Groupe spécial n'aurait pas dû examiner des éléments de preuve dont les autorités coréennes ne disposaient pas au moment où les mesures ont été adoptées. De plus, il devait évaluer si le Japon avait établi qu'il y avait violation à la date de son établissement. Les mesures prises après cette date, et toute analyse reposant sur ces mesures, sont incapables de démontrer que l'infraction à l'article 5:6 s'était matérialisée au moment où le Groupe spécial a été établi.³⁵ Au minimum, le Groupe spécial aurait dû limiter le champ de son évaluation aux éléments de preuve se rapportant à la période précédant son établissement. En outre, il n'aurait pas dû examiner des conclusions établies sur la base de renseignements aussi bien postérieurs qu'antérieurs à son établissement.³⁶

19. Pourtant, le Groupe spécial a considéré à tort qu'il était libre d'accepter tout élément de preuve.³⁷ Par conséquent, il a pris en considération des éléments de preuve qui n'existaient pas lorsque les mesures ont été adoptées.³⁸ Ce faisant, il a procédé à un examen *de novo* et a outrepassé son mandat au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Qui plus est, le Groupe spécial a, en fin de compte, examiné des éléments de preuve contenant des données postérieures à son

²⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.173.

³⁰ Rapport du Groupe spécial *Inde – Produits agricoles*, paragraphe 7.562.

³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.172.

³² Voir Corée, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial, paragraphes 76 à 80.

³³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Fils de coton*, paragraphe 78.

³⁴ Voir le rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 7.705; et le rapport de l'Organe d'appel *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 5.80.

³⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.130.

³⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Animaux*, paragraphe 7.447.

³⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.5.

³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Fils de coton*, paragraphe 78.

établissement dans son évaluation.³⁹ La Corée demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 en examinant ces éléments de preuve et données. Étant donné que le Groupe spécial s'est appuyé sur ces éléments de preuve et données dans son évaluation au titre de l'article 5:6, la Corée demande aussi à l'Organe d'appel d'infirmar les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les mesures SPS de la Corée sont incompatibles avec l'article 5:6 de l'Accord SPS.

D. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN CONSTATANT QUE LES MESURES DE LA CORÉE ÉTABLISSAIENT UNE DISCRIMINATION ARBITRAIRE OU INJUSTIFIABLE ENTRE LES MEMBRES OÙ EXISTAIENT DES CONDITIONS SIMILAIRES AU TITRE DE L'ARTICLE 2:3

20. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 2:3. Premièrement, il a fait erreur dans son interprétation et son application de l'expression "conditions pertinentes" figurant à l'article 2:3. Le texte et le contexte de l'article 2:3 indiquent que le terme "conditions" doit s'entendre comme comprenant toute condition qui peut être "pertinente" à la lumière de la nature de la mesure en cause et des circonstances particulières de l'affaire, ainsi que des objectifs de politique générale de la mesure. Les conditions pertinentes en l'espèce comprennent les conditions environnementales et écologiques existant au Japon et l'état de la CNFD. Les conditions écologiques et l'état de la CNFD faisaient partie des circonstances particulières de l'affaire et éclairent donc à bon droit les conditions pertinentes.⁴⁰ De même, les insuffisances des renseignements relatifs aux conditions écologiques existant au Japon, ainsi qu'à l'état de la CNFD, faisaient partie des conditions pertinentes.

21. Or le Groupe spécial a appliqué un critère trop étroit et s'est concentré uniquement sur le risque présent dans les produits en tant que condition pertinente.⁴¹ Même si le niveau de contamination des produits peut être pertinent à la lumière de l'objectif réglementaire, le Groupe spécial n'a pas expliqué pourquoi il devrait être le critère déterminant ni pourquoi aucune autre circonstance ni aucun autre facteur n'est pertinent pour définir les conditions pertinentes en l'espèce. Hormis le fait qu'il a présenté des estimations du rejet de certains des radionucléides, le Groupe spécial ne s'est pas efforcé d'évaluer les niveaux de ces radionucléides rejetés par la CNFD pendant et après l'accident. Hormis une déclaration trop générale selon laquelle il y aurait eu une certaine dispersion⁴², le Groupe spécial n'a pas entrepris d'évaluer la dispersion des radionucléides rejetés pendant et après l'accident survenu à la CNFD. Il n'a pas évalué les différentes manières dont les radionucléides rejetés dans l'environnement pouvaient contaminer les produits de l'agriculture et de l'élevage ainsi que les poissons et autres espèces marines dans le contexte de la CNFD. Point important, l'évaluation du Groupe spécial n'a pas tenu compte du fait qu'une contamination par des radionucléides continuait de s'échapper de la CNFD, qui faisait partie des conditions pertinentes existant au Japon.⁴³ Par conséquent, le Groupe spécial n'a pas tenu compte du caractère des mesures ni des circonstances particulières de l'affaire en se concentrant presque exclusivement sur les données issues d'essais sur des produits. Étant donné que le Groupe spécial a fait erreur dans l'interprétation et l'application de l'expression "conditions ... similaires" figurant à l'article 2:3, l'Organe d'appel doit infirmar toutes les constatations du Groupe spécial au titre de cette disposition.

22. Deuxièmement, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les mesures de la Corée établissaient une discrimination arbitraire ou injustifiable au titre de la première phrase de l'article 2:3. Le dossier démontre que les mesures de la Corée sont dûment adaptées aux différences dans les risques pertinents existant à l'intérieur et à l'extérieur du territoire du Japon. Alors que la Corée et le reste du monde sont exposés à une contamination préexistante, le territoire japonais et la mer qui l'entoure ont été directement exposés à la contamination provenant de la CNFD en plus de la contamination préexistante.⁴⁴ Le Groupe spécial lui-même a constaté que certaines différences dans les niveaux de concentration absolus de césium entre les produits alimentaires japonais et non japonais pouvaient justifier un certain niveau de discrimination.⁴⁵

³⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.129, 7.199 et 7.200.

⁴⁰ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.299.

⁴¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.276.

⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.291.

⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.87 et 7.320.

⁴⁴ Corée, première communication écrite, paragraphe 190.

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.351.

23. Le Groupe spécial a commis une erreur fondamentale dans son traitement de la contamination de fond, et en niant la pertinence du rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Hormones*.⁴⁶ Même la norme CODEX STAN 193-1995 sur laquelle le Groupe spécial s'est appuyé aux fins de sa constatation erronée reconnaît la distinction entre les radionucléides additionnels et la contamination par des radionucléides préexistants, et permet une intervention réglementaire sur la base de cette distinction.⁴⁷ Cela confirme que toute distinction faite par la Corée entre les aliments contaminés par les radionucléides additionnels rejetés par la CNFD et les aliments contaminés par des radionucléides préexistants ne constitue pas une discrimination arbitraire ou injustifiable.

24. Le Groupe spécial aurait dû analyser la cause ou la raison d'être de la discrimination afin de déterminer si les raisons de cette discrimination n'avaient pas de lien rationnel avec l'objectif de la mesure ou allaient à l'encontre de l'objectif.⁴⁸ Or il a appliqué un critère erroné et a exigé que la mesure soit exclusivement liée à son objectif réglementaire.⁴⁹ Le Groupe spécial n'a pas reconnu qu'il pouvait y avoir un lien rationnel entre les raisons de la discrimination et l'objectif de la mesure même lorsqu'une mesure visait plusieurs objectifs. Il a en outre fait erreur en rejetant certains éléments de preuve fournis par la Corée concernant la falsification de certificats d'origine du Japon au motif que la Corée n'avait pas démontré qu'il existait une défaillance systémique dans la surveillance et la certification des produits alimentaires par le Japon.⁵⁰ Les constatations du Groupe spécial selon lesquelles l'interdiction d'importer et les prescriptions imposant des essais additionnels établissent une discrimination arbitraire ou injustifiable reposent donc sur une interprétation et une application erronées de l'article 2:3. En conséquence, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmier les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les mesures de la Corée établissent une discrimination arbitraire ou injustifiable.

25. Le Groupe spécial a également fait erreur en s'appuyant sur ses constatations erronées au titre de l'article 5:6 et 5:7 pour conclure que les mesures de la Corée établissaient une discrimination arbitraire ou injustifiable au titre de l'article 2:3.⁵¹ Par voie de conséquence, l'infirmer des constatations formulées par le Groupe spécial au titre de l'article 5:6 et 5:7 doit entraîner l'infirmer de ses constatations au titre de l'article 2:3 également.

26. Troisièmement, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les mesures de la Corée constituaient des restrictions déguisées au commerce international. La constatation de restriction déguisée formulée par le Groupe spécial repose exclusivement sur sa constatation antérieure selon laquelle les mesures de la Corée sont incompatibles avec la première phrase de l'article 2:3.⁵² Pourtant, la première et la seconde phrases de l'article 2:3 de l'Accord SPS établissent des obligations séparées et distinctes. L'Organe d'appel a laissé entendre que des facteurs semblables pouvaient être pris en considération s'agissant d'évaluer si une mesure était appliquée de façon à constituer une restriction déguisée.⁵³ Toutefois, le Groupe spécial n'a pas évalué dans quelle mesure ces indications de l'Organe d'appel au titre de l'article XX du GATT de 1994 étaient applicables à l'article 2:3 de l'Accord SPS. De plus, contrairement à ce que dit le Groupe spécial sur la base de sa lecture erronée du rapport⁵⁴, la constatation de l'Organe d'appel ne laisse pas entendre qu'un groupe spécial puisse être entièrement dispensé d'évaluer si une mesure constitue une restriction déguisée.⁵⁵ Une constatation au titre de la première phrase ne suffit pas, à elle seule, à étayer une constatation de violation de la seconde phrase. En conséquence, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmier les constatations du Groupe spécial selon lesquelles les mesures de la Corée constituent des restrictions déguisées au commerce international.

27. Le Groupe spécial a par ailleurs appliqué un critère d'examen incorrect et agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en examinant des éléments de preuve dont l'organisme de réglementation coréen ne disposait pas au moment où les mesures ont été adoptées, et en examinant des données postérieures à son établissement. Les erreurs du Groupe spécial sont semblables à ses erreurs dans le contexte de l'article 5:6 expliquées plus haut. Par conséquent, la

⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.335.

⁴⁷ Pièce JPN-32.

⁴⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 227.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.344, 7.353 et 7.354.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.346.

⁵¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.341, 7.343, 7.352 et 7.354.

⁵² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.359.

⁵³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

⁵⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.356.

⁵⁵ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

Corée demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question et a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord. Étant donné que la constatation du Groupe spécial selon laquelle des conditions similaires existaient était fondée sur les éléments de preuve et données en question, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmar cette constatation, ainsi que les constatations finales d'incompatibilité avec l'article 2:3.

E. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR DANS SON INTERPRÉTATION ET SON APPLICATION DE L'ARTICLE 7 ET DE L'ANNEXE B

28. La Corée fait appel de la constatation du Groupe spécial selon laquelle elle a agi d'une manière incompatible avec l'Annexe B 1) et l'article 7 en ce qui concerne la publication des mesures contestées.⁵⁶

29. Le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation en constatant que l'Annexe B 1) exigeait que la teneur de la réglementation soit publiée⁵⁷, et que cette publication fasse connaître les mesures d'une manière générale ou les mette à la disposition du plus grand nombre par un moyen approprié était une teneur suffisante pour que le Membre importateur prenne connaissance des conditions, y compris des principes et méthodes spécifiques, qui s'appliquent à ses marchandises.⁵⁸ L'Annexe B 1) prescrit que les Membres publient toutes les réglementations sanitaires et phytosanitaires dans les moindres délais "de manière à permettre aux Membres intéressés d'en prendre connaissance". Elle ne fait pas référence à de quelconques "conditions", "principes ... spécifiques" ou "méthodes" qui doivent être publiés. L'interprétation du Groupe spécial a élargi la portée de cette disposition en transformant de fait le membre de phrase "d'en prendre connaissance" en "de s'y conformer". Ainsi, le Groupe spécial a interprété l'article 7 et l'Annexe B 1) de façon incorrecte en imposant des obligations additionnelles qui ne figurent pas dans ces dispositions.

30. Le Groupe spécial a également fait erreur en constatant que la Corée n'avait pas publié la teneur de l'interdiction générale d'importer.⁵⁹ Les renseignements figurant dans le communiqué de presse publié comprenaient l'origine des produits visés, la nature de la mesure (une interdiction visant toutes les importations) et le champ d'application de la mesure (les produits de la pêche), et comprenaient donc tous les renseignements nécessaires pour que les Membres intéressés prennent connaissance des mesures. Contrairement à ce qu'a constaté le Groupe spécial, une référence à "tous les produits de la pêche" n'est pas vague, mais, au contraire, est claire quant à son champ d'application. La prescription imposant de publier les mesures de manière à permettre aux Membres intéressés d'en prendre connaissance n'exige pas la publication de chaque code du SH sans exception, tant que les produits visés sont définis.

31. De plus, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que les communiqués de presse de 2011 et 2013 annonçant les prescriptions imposant des essais additionnels n'avaient pas une teneur suffisante⁶⁰ parce qu'ils ne mentionnaient pas les niveaux de césium ou d'iode qui déclencheraient les essais additionnels, les radionucléides spécifiques dont la présence serait analysée ni les limites maximales pour ces radionucléides⁶¹ ni la procédure et le lieu des essais prescrits concernant la présence des radionucléides additionnels.⁶² Les communiqués de presse ont permis aux Membres intéressés "[de] prendre connaissance" des mesures et de leurs prescriptions, de façon compatible avec l'Annexe B 1). De plus, il n'était pas contesté que le Japon avait pris connaissance des mesures, puisqu'il avait expressément reconnu qu'il en avait connaissance⁶³, qu'il s'y conformait et qu'il avait dûment délivré le certificat d'origine concernant la production des produits alimentaires en provenance de son territoire.⁶⁴

⁵⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.5.

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.461.

⁵⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.464.

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.483 et 7.487.

⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.500 et 7.501.

⁶¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.492 et 7.494.

⁶² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.494.

⁶³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.475, 7.486 et 7.498.

⁶⁴ Corée, première communication écrite, paragraphe 388.

32. En outre, le Groupe spécial a fait erreur en reprochant à la Corée⁶⁵ de n'avoir fourni aucun élément de preuve pour démontrer qu'au moment de l'adoption des mesures, les Membres intéressés auraient pu savoir qu'il fallait consulter le site Web spécifique pour trouver des renseignements⁶⁶, et de ne pas avoir fourni de version d'archive du site Web.⁶⁷ En formulant ses constatations, le Groupe spécial a établi un critère de certitude, qui n'est pas requis en vertu de l'Annexe B 1). De plus, le Japon a expressément reconnu qu'il avait connaissance des mesures.⁶⁸ Au vu des faits de la cause, il ne faisait aucun doute que le Japon avait pris connaissance des mesures de la Corée.⁶⁹ Le Groupe spécial a, une fois encore, appliqué un critère qui ne découle pas de l'Annexe B 1).

33. Par ailleurs, le Groupe spécial a agi d'une manière incompatible avec l'article 11 du Mémoire d'accord en reprochant à la Corée de ne pas avoir fourni des versions d'archive des pages Web correspondant à la date des publications. Le Japon n'a pas contesté la date des publications.

34. Enfin, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application de l'article 7 et de l'Annexe B 3) en constatant que, parce que le point d'information SPS de la Corée n'a pas répondu à une demande formulée par le Japon le 13 novembre 2014, il ne s'est pas conformé à l'obligation énoncée à l'Annexe B 3).⁷⁰ L'obligation énoncée à l'Annexe B 3) impose à chaque Membre de "[faire] en sorte qu'il existe un point d'information". L'Annexe B 3) n'impose pas de critère de responsabilité strict. Elle impose l'obligation de faire en sorte que le point d'information d'un Membre soit investi des responsabilités qui y sont décrites, mais elle ne dit rien sur la manière dont il fonctionne. Bien que la manière dont un point d'information fonctionne ou s'acquitte de ses tâches soit pertinente au regard de l'Annexe B 3), une violation pourrait être constatée tout au plus s'il existait un manquement persistant à l'obligation de répondre aux demandes, de sorte qu'il serait constaté que le point d'information n'est pas "responsable" de ses fonctions. Le Groupe spécial a fait erreur en constatant que le fait de ne pas répondre à une demande à une seule occasion constituait une violation de l'Annexe B 3).⁷¹

35. Pour ces raisons, la Corée demande à l'Organe d'appel d'infirmier les constatations du Groupe spécial au titre de l'article 7 et de l'Annexe B.⁷²

⁶⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.474, 7.476, 7.485 et 7.497.

⁶⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.474, 7.485 et 7.497.

⁶⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.474, 7.485 et 7.497.

⁶⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.475, 7.486 et 7.498.

⁶⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.475, 7.486 et 7.498.

⁷⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.518.

⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.518.

⁷² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.5.

ANNEXE B-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU JAPON
EN TANT QU'AUTRE APPELANT***I. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR EN EXCLUANT DES ÉLÉMENTS DE PREUVE SE RAPPORTANT À LA SITUATION FACTUELLE POSTÉRIEURE À SON ÉTABLISSEMENT DE SON ÉVALUATION DES ÉLÉMENTS PRIMA FACIE DU JAPON**

1. Le présent appel concerne une date "limite" adoptée par le Groupe spécial pour son évaluation de l'allégation *prima facie* du Japon selon laquelle le maintien des interdictions d'importer et des prescriptions imposant des essais additionnels de la Corée est incompatible avec les obligations continues des articles 2:3 et 5:6 de l'*Accord SPS*. Spécifiquement, le Japon fait appel du fait que le Groupe spécial a exclu de son évaluation de cette allégation *prima facie* des éléments de preuve se rapportant à la situation factuelle existant après la date de son établissement.¹

2. Dans le même temps, le Groupe spécial a constaté qu'il était en droit d'examiner des éléments de preuve se rapportant à des faits postérieurs à son établissement si ces éléments de preuve i) réfutaient les éléments *prima facie* du plaignant, ou ii) confirmaient les constatations du Groupe spécial fondées sur des éléments de preuve se rapportant à la situation qui existait au moment de son établissement.²

3. Les constatations du Groupe spécial sur le champ temporel de son évaluation des éléments *prima facie* du Japon aboutissent à une erreur de droit dans: i) l'interprétation et l'application des articles 3:3, 3:4, 3:7 et 11 du Mémoire d'accord, lus à la lumière des articles 2:3 et 5:6 de l'*Accord SPS*; et ii) l'application des articles 2:3 et 5:6 de l'*Accord SPS*.³

4. Bien que les dispositions de l'*Accord SPS* relatives au règlement des différends n'établissent pas de règles pertinentes pour le champ temporel de l'évaluation des éléments de preuve par un groupe spécial, les articles 3:3, 3:4, 3:7 et 11 du Mémoire d'accord exigent que, lorsqu'il est saisi d'une allégation selon laquelle le *maintien* d'une mesure est incompatible avec des *obligations continues*, un groupe spécial examine les éléments de preuve présentés en temps opportun se rapportant à la situation factuelle existant après son établissement.

5. En vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord, les caractéristiques du champ temporel de l'évaluation des faits par un groupe spécial doivent tenir compte du *champ temporel des obligations en cause*.⁴ En ce sens, le champ temporel de l'évaluation des faits par un groupe spécial est semblable au critère d'examen d'un groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. L'Organe d'appel reconnaît depuis longtemps que la nature et l'intensité (le "critère") de l'examen des faits par un groupe spécial, y compris de la mesure, *dépendaient de l'obligation dans le cadre de l'OMC particulière en cause*.⁵ Selon les termes de l'Organe d'appel:

... une "évaluation objective", au sens de l'article 11 du Mémoire d'accord, doit se comprendre à la lumière *des obligations énoncées dans l'accord visé invoqué* dans chaque affaire pour permettre d'en déduire les contours plus spécifiques du critère d'examen approprié.⁶

* Nombre total de mots: 2 979 (dans la version originale).

¹ Rapport du Groupe spécial Corée – Radionucléides (Japon) ("rapport du Groupe spécial"), paragraphe 7.141.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.142.

³ L'interprétation du Groupe spécial est exposée aux paragraphes 7.136 à 7.143 de son rapport.

⁴ Il apparaît que le Groupe spécial était d'accord, car il a noté: "le Japon a raison de dire que toute limitation temporelle du champ de l'analyse du Groupe spécial doit être fondée sur la nature des allégations". Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.141.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – DRAM, paragraphe 184. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel États-Unis – Viande d'agneau, paragraphe 105; et États-Unis – Fils de coton, paragraphes 74 à 76.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – DRAM, paragraphe 184.

6. Ainsi, aucun critère d'examen unique ne s'applique uniformément dans chaque différend. De fait, les "contours ... spécifiques" du critère d'examen d'un groupe spécial, au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, sont sensibles aux caractéristiques de la question particulière: l'évaluation objective est "sur mesure" et non "identique pour tous".

7. Il en va de même pour le champ temporel de l'évaluation des faits par un groupe spécial. En déterminant quels faits sont soumis à évaluation à bon droit, un groupe spécial doit tenir compte des caractéristiques de l'affaire particulière. En particulier, l'obligation pertinente peut s'appliquer à un *moment particulier* (par exemple, au moment de l'adoption d'une mesure); ou elle peut imposer des *obligations qui se poursuivent dans le temps* (par exemple, pendant toute la durée d'application d'une mesure).⁷ Les "contours ... spécifiques" du champ temporel de l'évaluation des faits par un groupe spécial au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord doivent être sensibles à ces caractéristiques de la question.

8. Dans le cas des obligations dans le cadre de l'OMC qui s'appliquent à un moment particulier, les éléments de preuve doivent se rapporter à la compatibilité de la mesure contestée *à ce moment*. Par exemple, l'article 5:7 de l'*Accord SPS* impose certaines obligations qui s'appliquent au moment où une mesure est adoptée. Dans une analyse au titre de l'article 5:7, le champ temporel de l'évaluation des faits par un groupe spécial doit tenir compte de cette caractéristique de l'obligation pertinente et il faut évaluer les faits se rapportant à la situation qui existait au moment de l'adoption de la mesure.

9. À l'inverse, nombre d'obligations dans le cadre de l'OMC s'appliquent de façon continue dans le temps. Par exemple, l'article III:4 du GATT de 1994 impose une obligation continue selon laquelle les lois et règlements ne doivent pas accorder un traitement moins favorable aux marchandises importées. Une obligation continue semblable est énoncée à l'article 2.1 de l'*Accord OTC*. L'article X:3 a) du GATT de 1994 impose des obligations continues concernant une application en cours.⁸ L'article X:3 b) du GATT de 1994 impose des obligations continues s'agissant de réviser et de rectifier dans les moindres délais les mesures administratives se rapportant aux questions douanières. L'article XI du GATT de 1994 impose des obligations continues concernant les restrictions quantitatives. L'article 2.2 de l'*Accord OTC* impose des obligations continues selon lesquelles les règlements ne doivent pas être plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire. L'article 5 de l'*Accord SMC* impose une obligation continue selon laquelle les subventions ne peuvent pas causer des effets défavorables.

10. Chacune de ces obligations continues s'applique pendant toute la durée d'application d'une mesure, de son adoption à son retrait. Une mesure soumise à une ou plusieurs de ces obligations continues doit être compatible avec celle(s)-ci pendant toute sa durée d'application. Par conséquent, un plaignant peut montrer que le maintien d'une mesure viole une obligation continue sur la base des circonstances actuelles, que la mesure ait violé ou non l'obligation auparavant.

11. Lorsqu'il est allégué que le *maintien* d'une mesure viole une obligation continue, l'évaluation d'un groupe spécial *ne peut pas* être limitée aux faits tels qu'ils existaient à un moment particulier, comme lors de l'adoption de la mesure. La situation factuelle au moment de l'adoption ne permet pas de déterminer pas si le maintien de la mesure – jusqu'à ce qu'elle soit retirée ou modifiée – viole l'obligation continue. Lorsqu'ils examinent si le maintien d'une mesure viole une obligation continue, les groupes spéciaux doivent évaluer tous les éléments de preuve présentés en temps opportun qui se rapportent au point de savoir si le maintien de la mesure, de façon permanente, viole l'obligation continue.

12. L'approche interprétative du Japon est étayée par une longue série d'affaires. Comme le Japon le montre dans sa communication d'autre appelant, dans de nombreux différends, au titre de divers accords visés, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont approuvé l'évaluation de *faits postérieurs à l'établissement du groupe spécial* s'agissant d'examiner si le maintien d'une mesure violait une obligation continue. Pour donner un exemple, le Groupe spécial *États-Unis – Coton upland* a noté ce qui suit: "[c]onformément à l'article 11 du Mémoire d'accord, nous avons le devoir de procéder

⁷ Voir Japon, déclaration liminaire à la deuxième réunion de fond, paragraphe 13. De façon semblable, dans l'affaire *Russie – Porcins (UE)*, le Groupe spécial a noté que le champ temporel des éléments de preuve soumis à l'évaluation variait en fonction de l'obligation de fond en cause. Rapport du Groupe spécial *Russie – Porcins (UE)*, paragraphe 7.178.

⁸ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *CE – Certaines questions douanières*, paragraphe 188.

à une évaluation objective de la question dont nous sommes saisis, ce qui exige en fait que nous examinions les données récentes, y compris celles qui se rapportent à la période suivant la date d'établissement du Groupe spécial".⁹

13. Les allégations en cause dans le présent différend sont formulées au titre des articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS. Ces deux dispositions établissent des obligations qui s'appliquent de façon *continue* au *maintien* d'une mesure SPS pendant toute sa durée d'application.¹⁰ En conséquence, au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, lorsqu'il évalue si le *maintien* d'une mesure contestée est incompatible avec ces *obligations continues*, un groupe spécial doit inclure dans son évaluation tous les éléments de preuve présentés en temps opportun se rapportant à l'incompatibilité persistante.

14. Un groupe spécial ne peut pas *a priori* exclure de son évaluation des éléments de preuve présentés en temps voulu qui se rapportent à la situation factuelle la plus récente, postérieure à son établissement. Exclure toute cette catégorie d'éléments de preuve de son évaluation est incompatible avec la fonction essentielle d'un groupe spécial, qui est de procéder à une évaluation objective de la "question" en examinant tous les "faits de la cause" conformément à l'article 11 du Mémoire d'accord.

15. En l'espèce, le Groupe spécial a aggravé ses erreurs au regard de l'article 11 du Mémoire d'accord en établissant le champ temporel de son évaluation des faits, car cette évaluation était partielle. Bien qu'il ait décidé de ne pas tenir compte des éléments de preuve du Japon concernant des faits postérieurs à son établissement lorsqu'il a évalué les éléments *prima facie* du Japon, le Groupe spécial a néanmoins évalué les éléments de preuve concernant des faits postérieurs à son établissement que la Corée a présentés pour réfuter les éléments *prima facie* du Japon. Cette asymétrie choquante du champ temporel de l'évaluation du Groupe spécial n'est pas "objective".

16. En outre, l'exclusion par le Groupe spécial d'éléments de preuve se rapportant à la situation factuelle la plus récente est incompatible avec la prescription imposant de favoriser le règlement "rapide", "satisfaisant[]" et "positif[]" des différends, établie à l'article 3 du Mémoire d'accord. L'article 3 souligne que le but du règlement des différends est d'arriver à un règlement "rapide", "satisfaisant[]" et "positif[]" des différends, car cela est "indispensable au bon fonctionnement de l'OMC et à l'existence d'un juste équilibre entre les droits et les obligations des Membres".¹¹

17. La prescription imposant d'assurer le règlement "rapide", "satisfaisant[]" et "positif[]" des différends implique qu'en évaluant des allégations concernant le maintien d'une mesure au regard d'obligations continues, un groupe spécial ne peut pas exclure des faits postérieurs à son établissement qui sont pertinents pour le maintien de la mesure. Cela est d'autant plus vrai lorsque le désaccord entre les parties – comme c'est le cas en l'espèce – a trait au maintien de la mesure après l'établissement du groupe spécial. Dans ce cas, si un groupe spécial n'effectue pas son évaluation des faits, et de l'incompatibilité persistante de la mesure, à la lumière de la situation factuelle la plus récente en question, le système de règlement des différends de l'OMC ne satisfait pas à l'engagement énoncé dans le Mémoire d'accord en faveur du règlement "rapide", "satisfaisant[]" et "positif[]" des différends.

18. Par conséquent, le Japon demande à l'Organe d'appel d'infirmier la décision erronée du Groupe spécial de ne pas tenir compte d'éléments de preuve se rapportant à des faits postérieurs à son établissement au moment d'évaluer si le Japon avait établi *prima facie* que le maintien des mesures de la Corée était incompatible avec les articles 2:3 et 5:6 de l'Accord.

19. Bien qu'il ait exclu de son évaluation des éléments *prima facie* du Japon tout élément de preuve se rapportant à la situation factuelle existant après le moment de son établissement, le Groupe spécial a constaté en définitive que le maintien des interdictions d'importer et des prescriptions imposant des essais additionnels de la Corée était incompatible avec les obligations continues des articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS.¹²

⁹ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Coton upland*, paragraphe 7.193. (pas d'italique dans l'original)

¹⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.135.

¹¹ Mémoire d'accord, article 3:3.

¹² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.2 b, c et e, et 8.3 b.

20. Les erreurs que le Groupe spécial a commises en établissant une date limite incorrecte pour son évaluation des éléments *prima facie* du Japon n'invalident pas ses constatations finales au titre de ces dispositions. Au titre des articles 2:3 et 5:6, le Groupe spécial a constaté que les éléments de preuve se rapportant aux faits *antérieurs à son établissement* étaient suffisants pour établir les éléments *prima facie* du Japon. En formulant ses constatations sur ces éléments *prima facie*, le Groupe spécial a en outre examiné des éléments de preuve se rapportant à des faits postérieurs à son établissement, soit parce qu'ils confirmaient les éléments *prima facie* du Japon, soit parce qu'ils étayaient la réfutation de la Corée.

21. Ainsi, les constatations finales du Groupe spécial au titre des articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS ont été formulées à la lumière de tous ces éléments de preuve présentés en temps opportun. En conséquence, le Groupe spécial n'a pas fait erreur en formulant ses constatations finales au titre des articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS.

22. Si l'Organe d'appel devait toutefois décider que la date "limite" erronée que le Groupe spécial a fixée pour son évaluation des éléments *prima facie* du Japon invalident les constatations finales qu'il a formulées au titre des articles 2:3 et 5:6, le Japon demande que l'Organe d'appel complète l'analyse et constate que le maintien des interdictions d'importer et des prescriptions imposant des essais additionnels appliquées par la Corée viole les obligations continues des articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS.

23. Ce faisant, l'Organe d'appel devrait s'appuyer sur toutes les constatations de fait pertinentes du Groupe spécial, qu'elles se rapportent: 1) à des faits antérieurs à son établissement qui étayaient les éléments *prima facie* du Japon; 2) à des faits antérieurs et postérieurs à son établissement qui étayaient la réfutation de la Corée; ou 3) à des faits postérieurs à son établissement qui confirmaient les éléments *prima facie* du Japon.

24. Enfin, le Japon souhaite souligner que son appel concernant le champ temporel de l'évaluation du Groupe spécial se rapporte aux constatations selon lesquelles les mesures de la Corée sont *maintenues* d'une manière contraire aux articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS. L'appel du Japon ne se rapporte pas aux constatations du Groupe spécial au titre de ces dispositions qui concernent l'*adoption* des mesures contestées.¹³

II. LE GROUPE SPÉCIAL A FAIT ERREUR DANS L'ÉNONCIATION ET L'APPLICATION DE LA PRÉSUMPTION DE SIMILARITÉ AU TITRE DE L'ARTICLE 8 ET DE L'ANNEXE C 1) A) DE L'ACCORD SPS

25. Le présent appel se rapporte aux conditions auxquelles un groupe spécial peut présumer que des produits nationaux et des produits importés sont "similaires" au regard de l'Annexe C 1) a) de l'Accord SPS, au motif que la mesure d'un défendeur établit une distinction entre les produits en utilisant l'origine comme seul critère de distinction.

26. Au titre de l'article 8 et de l'Annexe C 1) a), le Japon a contesté les prescriptions imposant des essais additionnels avant commercialisation ("prescriptions imposant des essais additionnels") de la Corée.¹⁴ Conformément à cette mesure, les produits alimentaires japonais contenant entre 0,5 et 100 Bq/kg de césium sont soumis à des essais additionnels astreignants, mais les produits alimentaires coréens contenant entre 0,5 et 100 Bq/kg de césium n'y sont pas soumis.

27. D'après une jurisprudence établie de longue date, il y a présomption de similarité si une mesure, par ses termes, établit une distinction entre des produits en utilisant l'origine comme seul critère de distinction indiqué.¹⁵ Étant donné que les prescriptions imposant des essais additionnels utilisent l'origine comme seul critère pour établir une distinction entre des produits japonais et des produits coréens identiques, le Japon a fait valoir que la similarité pouvait être présumée.

¹³ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphes 8.2 a, 8.2 c, 8.2 d et 8.3 a.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, tableau 9, page 101 ("Si la quantité de césium ou d'iode est supérieure à 0,5 Bq/kg, essais additionnels concernant au moins la présence de strontium et de plutonium").

¹⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.394.

28. Le Groupe spécial était convenu que "les mesures contestées *s'appliqu[aient] seulement aux produits japonais*".¹⁶ Il n'a pas constaté que la mesure utilisait un quelconque critère autre que l'origine pour établir une distinction entre les produits.

29. Néanmoins, le Groupe spécial s'est abstenu à tort de présumer la similarité de produits coréens et de produits japonais qui étaient identiques à tous égards, sauf en ce qui concerne l'origine.¹⁷ Il s'est abstenu de présumer la similarité parce que la Corée a affirmé que sa *justification ou la "raison d'être de l'adoption [de la] mesure[]"* comprenait des préoccupations en matière de santé.¹⁸ Le Groupe spécial a fait référence à des "*préoccupations autres que l'origine [qui] sous-tend[aient] les mesures de la Corée*".¹⁹ Il a "accept[é] l'explication de la Corée selon laquelle l'origine n'était pas l'unique motif *pris en considération [par l'organisme de réglementation] lorsque la distinction a été établie*".²⁰

30. De ce fait, le Groupe spécial s'est écarté de l'examen du point de savoir si, telle qu'elle était libellée, la *mesure de la Corée* indiquait l'origine comme seul critère pour établir une distinction entre produits nationaux et produits importés. Au lieu de cela, il a estimé que le critère juridique exigeait qu'il prenne en considération les motivations et préoccupations de l'organisme de réglementation coréen – les "motifs" et la "raison d'être" – qui "sous-tend[aient] sa décision d'adopter la mesure. Le Groupe spécial a constaté que, si la "raison d'être" sous-jacente d'une distinction liée à l'origine comprenait des facteurs autres que l'origine, la présomption de similarité ne s'appliquait pas.

31. Ainsi, alors même que la mesure contestée, telle qu'elle était libellée, indiquait l'origine comme seul critère de distinction, le Groupe spécial a refusé d'appliquer la présomption de similarité, parce que la "raison d'être de l'adoption de la mesure" comprenait des facteurs autres que l'origine.

32. Ce faisant, le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application du terme "similaire" et, en particulier, du critère juridique relatif à la présomption de similarité. Les considérations pertinentes pour décider d'appliquer ou non la présomption de similarité sont les *termes de la mesure elle-même* et le point de savoir si la mesure indique l'origine comme seul critère pour établir une distinction entre produits nationaux et produits importés. Si une mesure – telle que les prescriptions de la Corée imposant des essais additionnels – indique l'origine comme seul critère de distinction, la similarité peut être présumée *prima facie*.

33. Lorsque les motivations et préoccupations "prises en considération" par un organisme de réglementation lors de l'adoption d'une mesure ne sont pas exprimées dans un critère de distinction utilisé dans le cadre de la mesure, elles n'empêchent pas qu'il y ait présomption de similarité *prima facie*. En fait, ces motivations et préoccupations peuvent être pertinentes pour d'autres aspects du critère juridique au titre de la seconde clause de l'Annexe C 1) a). Par exemple, à une étape ultérieure de l'analyse, les préoccupations d'un organisme de réglementation en matière de santé peuvent justifier le traitement différencié qui découle de l'utilisation par la mesure de l'origine comme seul critère de distinction entre des produits nationaux et des produits importés identiques.

34. De plus, bien qu'il ait considéré l'"explication" de la Corée selon laquelle l'organisme de réglementation coréen a pris en considération les "risques pour la santé"²¹ présentés par les produits japonais lorsqu'il a décidé de les distinguer des produits coréens, le Groupe spécial a refusé à tort d'examiner le contre-argument du Japon selon lequel les produits n'étaient pas différents en termes de "risques pour la santé". Le Groupe spécial avait déjà constaté que les produits japonais n'étaient pas différents en termes de "risques pour la santé" au titre des articles 2:3 et 5:6. Au titre de l'article 2:3 de l'*Accord SPS*, le Groupe spécial a constaté que les "risques pour la santé" ne justifiaient pas la distinction faite entre produits alimentaires japonais et coréens, et que cette distinction constituait une discrimination arbitraire et injustifiable ainsi qu'une restriction déguisée au commerce international.²²

¹⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.397 (pas d'italique dans l'original).

¹⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.397.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.401 (pas d'italique dans l'original).

¹⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.399, première phrase (pas d'italique dans l'original).

²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.402 (pas d'italique dans l'original).

²¹ Voir, par exemple, Corée, deuxième communication écrite, paragraphe 385.

²² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.351 à 7.355.

35. Pourtant, en s'abstenant de constater que les produits coréens et les produits japonais étaient "similaires" au regard de l'Annexe C 1) a), le Groupe spécial a accepté sans réserve l'assertion de la Corée selon laquelle des préoccupations en matière de santé avaient motivé la distinction faite entre les produits, sans tenir compte de la réponse du Japon.²³

36. En conséquence, le Japon demande à l'Organe d'appel de constater que le Groupe spécial a fait erreur en interprétant et en appliquant l'Annexe C 1) a) de l'Accord SPS; d'infirmer sa constatation selon laquelle le Japon n'a pas établi que la Corée avait agi d'une manière incompatible avec l'Annexe C 1) a); et d'infirmer sa constatation corollaire selon laquelle le Japon n'a pas établi que la Corée avait agi d'une manière incompatible avec l'article 8 de l'Accord SPS.

²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.399 et 7.402.

ANNEXE B-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU
JAPON EN TANT QU'INTIMÉ*****I. INTRODUCTION**

1. Le présent différend concerne une série d'interdictions d'importer et de prescriptions imposant des essais hautement restrictives pour le commerce et discriminatoires que la Corée applique uniquement aux produits alimentaires japonais. La Corée a manifestement mis en place ces mesures pour répondre aux risques pour la santé découlant soi-disant de la contamination de ces produits par des radionucléides. Le Groupe spécial a constaté que ces mesures violaient l'article 2:3 (discrimination), l'article 5:6 (restriction non nécessaire au commerce) et 7 (transparence) de l'Accord SPS, ainsi que l'Annexe B 1) (publication) et B 3) (point d'information SPS) de cet *Accord*.
2. Dans un appel général, la Corée conteste chacune des constatations défavorables du Groupe spécial. De fait, les seules constatations du Groupe spécial ne faisant pas l'objet de l'appel de la Corée sont celles qui sont formulées au titre de l'Annexe C de l'Accord SPS, qui étaient favorables à la Corée.
3. En substance, au moyen de cette stratégie d'appel systématique, la Corée cherche à faire valoir à nouveau son point de vue, en réutilisant largement les arguments juridiques et factuels présentés sans succès au Groupe spécial. En avançant ces arguments, la Corée donne systématiquement une présentation erronée des constatations du Groupe spécial qui ont été formulées après examen minutieux de toutes les questions.
4. La Corée affirme que le Groupe spécial a fait erreur dans son interprétation et son application du droit, et dans son évaluation des faits. Une fois encore, la Corée n'a pas fait de distinction et n'a souvent pas indiqué clairement quels arguments concernaient, respectivement, l'interprétation, l'application et l'évaluation.
5. De fait, il est souvent compliqué pour le lecteur de l'appel de la Corée de discerner si un argument donné concerne l'interprétation ou l'application du droit, ou l'évaluation des faits. Dans de nombreux cas, lorsque la Corée formule une allégation d'erreur dans l'application du droit, elle présente des arguments relatifs à l'évaluation des faits, utilisant même les formules propres à un appel au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. L'appelant choisit lui-même la façon de qualifier ses allégations en appel. Ces choix ont des conséquences. La Corée ne peut pas contourner le critère juridique au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord en présentant une allégation au sujet de l'évaluation factuelle du Groupe spécial comme une erreur dans l'application du droit.
6. Le principal grief de la Corée contre les constatations du Groupe spécial – qui se répète dans ses appels au titre de l'article 2:3, et de l'article 5:6 et 5:7 de l'Accord SPS – concerne le poids accordé par le Groupe spécial aux conditions environnementales du territoire japonais. La Corée considère que ses mesures sont justifiées parce que le Japon a vécu un accident nucléaire majeur et que, d'après les allégations, des incertitudes demeurent en ce qui concerne la contamination environnementale du territoire japonais, en particulier près du site de la CNFD.
7. La Corée présente une série d'incertitudes concernant: les radionucléides qui demeurent dans les réacteurs de la CNFD; le niveau de contamination des réservoirs de stockage, de l'eau de mer et des sédiments marins près du site de la CNFD; et les fuites futures d'eau contaminée de ces réservoirs de stockage vers la mer. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur tant en droit qu'en fait, ainsi que dans son évaluation factuelle, car il n'a pas donné davantage d'importance – un poids décisif, en fait – à ces facteurs environnementaux.

* Nombre total de mots: 6 571 (dans la version originale).

8. Le lecteur de la communication de la Corée en tant qu'appelant pourrait avoir l'impression erronée que le Groupe spécial n'a pas examiné ces facteurs environnementaux. De fait, le Groupe spécial a examiné tous ces facteurs, et bien d'autres.

9. À l'inverse de la Corée, le Groupe spécial ne l'a pas fait de manière désordonnée. Au contraire, il l'a fait en se fondant sur des principes, à la lumière des obligations particulières en jeu, ainsi que des objectifs de la Corée et des risques SPS que traitaient ses mesures. Comme l'a reconnu la Corée, l'objectif de ses mesures est *de protéger ses consommateurs des risques pour la santé découlant de la consommation d'aliments contaminés par des radionucléides issus de l'activité humaine*.

10. Le fait que les risques SPS sont liés aux aliments a des conséquences pour la pertinence des conditions environnementales. Ces dernières ne sont *pas* pertinentes en elles-mêmes et à elles seules. Prenons, par exemple, la teneur en radionucléides des réacteurs nucléaires du site de la CNFD, ou des sédiments marins ou de l'eau de mer du port de la CNFD. En eux-mêmes, les éléments de preuve concernant ces questions ne concernent pas les risques SPS auxquels sont confrontés les consommateurs coréens d'aliments japonais. Par exemple, le Japon n'exporte pas de sédiments marins en conserves ou d'eau de mer en bouteille en provenance du port de la CNFD.

11. Tant en droit qu'en fait, le Groupe spécial a correctement estimé que le poids donné aux conditions environnementales d'un pays exportateur dépendait de la mesure dans laquelle elles avaient une incidence sur les objectifs SPS particuliers du pays importateur.¹ Dans certains cas, elles peuvent avoir plus de pertinence que dans d'autres. En outre, à chaque fois que des conditions territoriales sont examinées, c'est parce qu'elles sont pertinentes pour *"traiter des risques liés à des produits dans le commerce international"*.²

12. À cette fin, le Groupe spécial a analysé le poids à accorder à divers facteurs. Il a souligné qu'il "évaluera[it] ... la *totalité des éléments de preuve* qui lui [avaient] été fournis, *sans qu'aucun élément ne soit à lui seul déterminant*".³ Dans l'ensemble de son raisonnement, le Groupe spécial a évalué une série de facteurs concernant tant l'environnement que les aliments, et la relation entre les deux.

13. Même si la Corée voudrait que le Groupe spécial ait attribué un poids prépondérant aux conditions environnementales du Japon, elle n'a pas indiqué de quelconque erreur dans l'interprétation et l'application du droit par le Groupe spécial, ni dans son évaluation factuelle. Dans ce contexte, le Japon va à présent résumer ses arguments concernant les allégations d'erreur spécifiques de la Corée.

II. LE GROUPE SPÉCIAL N'A PAS FAIT ERREUR AU TITRE DE L'ARTICLE 11 DU MÉMORANDUM D'ACCORD DANS LE CHOIX DES EXPERTS

14. Conformément à l'article 11:2 de l'Accord SPS, le Groupe spécial a désigné cinq experts pour qu'ils donnent leur avis sur des questions scientifiques. La Corée a formulé des objections au sujet de deux de ces cinq experts, à savoir le professeur Lynn Anspaugh et Mme Patsy Thompson. La Corée affirme que le Groupe spécial a violé les droits de la Corée en matière de régularité de la procédure, au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord, en désignant ces deux experts, qui n'étaient pas, d'après elle, "indépendants" et "impartiaux".⁴

15. La Corée a fait objection à la nomination de 10 des 15 experts potentiels proposés par le Groupe spécial, y compris le professeur Anspaugh et Mme Thompson. En outre, même si la Corée a demandé que le Groupe spécial désigne des experts dans le domaine des "radionucléides dans les environnements marins"⁵, elle a fait objection à la nomination de *chaque* expert proposé dans ce domaine, y compris à la fois le professeur Anspaugh et Mme Thompson.⁶

¹ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.89 et 7.93.

² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.270. (pas d'italique et non souligné dans l'original)

³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289. (pas d'italique dans l'original)

⁴ Corée, communication en tant qu'appelant, section III.

⁵ Lettre de la Corée au Groupe spécial datée du 2 mai 2016, page 2.

⁶ Communication du Groupe spécial aux parties datée du 15 juillet 2016, page 2. (pas d'italique dans l'original)

16. La Corée a fait objection à la nomination du **Professeur Anspaugh** parce qu'il avait "participé à la préparation du rapport de l'UNSCEAR sur l'accident de Fukushima Daiichi".⁷ La Corée a allégué que **Mme Thompson** avait "écrit des articles dans lesquels elle [avait] présenté sa propre évaluation du risque que présentait la CNFD".⁸

17. Même si le Groupe spécial a tenu compte du souhait de la Corée d'exclure un certain nombre d'experts proposés, il a refusé d'exclure le professeur Anspaugh et Mme Thompson.

18. La Corée soutient que le Groupe spécial a fait erreur. Dans son appel, la Corée rappelle qu'elle avait "*mis en doute l'impartialité et l'indépendance* de deux des experts que le Groupe spécial avait consultés".⁹ Elle indique en outre:

*Malgré la formulation de ces préoccupations par la Corée, le Groupe spécial a consulté ces experts au cours de la procédure, et a ainsi agi en violation des droits de la Corée en matière de régularité de la procédure.*¹⁰

19. Un groupe spécial ne viole toutefois pas les droits du défendeur en matière de régularité de la procédure en choisissant simplement un expert, "[m]algré" les objections du défendeur. Un groupe spécial ne peut pas s'en remettre totalement aux objections du défendeur.¹¹ De fait, une telle déférence permettrait au défendeur d'entraver la capacité d'un groupe spécial de désigner des experts. De fait, un groupe spécial doit rejeter la nomination d'un expert seulement lorsqu'il y a une "base objective" pour émettre des "doutes sérieux" au sujet de l'indépendance ou de l'impartialité de cet expert.¹²

20. L'Organe d'appel a estimé qu'un groupe spécial ne pouvait pas choisir un expert ayant précédemment rédigé une évaluation du risque SPS en cause en l'espèce.¹³ En ce qui concerne le professeur Anspaugh, le Groupe spécial a constaté que le rapport de 2013 de l'UNSCEAR "n'était *pas une évaluation des risques découlant de la consommation humaine de produits alimentaires contaminés par des radionucléides*".¹⁴ En ce qui concerne Mme Thompson, la Corée a allégué qu'elle avait rédigé des articles dans lesquelles elle présentait "sa propre évaluation du risque que présentait la CNFD".¹⁵ Cependant, la Corée n'a pas "*fourni de citation de ces articles*".¹⁶ En ce qui concerne deux articles indiqués, le Groupe spécial a constaté qu'aucun des deux n'évaluait les risques SPS découlant de la consommation de produits alimentaires japonais. La Corée n'a pas expliqué pourquoi le Groupe spécial avait fait erreur en formulant ces constatations.

III. LE GROUPE SPÉCIAL N'A PAS FAIT ERREUR EN FORMULANT SES CONSTATATIONS AU TITRE DE L'ARTICLE 5:6 DE L'ACCORD SPS

21. Le Japon a allégué au titre de l'article 5:6 que les mesures de la Corée étaient plus restrictives pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour obtenir le "niveau approprié de protection [SPS]" de la Corée. Le Groupe spécial était de cet avis.

22. La Corée fait appel des constatations du Groupe spécial au sujet du niveau approprié de protection. Elle affirme que, même si le Groupe spécial a correctement formulé le niveau approprié de protection, il l'a mal appliqué en constatant que la mesure de rechange du Japon permettrait d'obtenir le niveau de protection choisi par la Corée. La Corée fait valoir que, "même si le Groupe spécial a initialement accepté le niveau approprié de protection de la Corée, il a effectivement

⁷ Lettre de la Corée au Groupe spécial datée du 13 juin 2016, page 5.

⁸ Lettre de la Corée au Groupe spécial datée du 13 juin 2016, page 3.

⁹ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 34. (pas d'italique dans l'original)

¹⁰ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 34. (pas d'italique dans l'original)

¹¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Hormones*, paragraphe 117. Voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphes 439 à 446.

¹² Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 454. (pas de guillemets dans l'original)

¹³ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 479.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.26. (pas d'italique et non souligné dans l'original)

¹⁵ Communication du Groupe spécial aux parties datée du 15 juillet 2016, pages 2 et 3. (pas de guillemets dans l'original) Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.27.

¹⁶ Communication du Groupe spécial aux parties datée du 15 juillet 2016, pages 2 et 3. (pas d'italique dans l'original) Voir aussi le rapport du Groupe spécial, paragraphe 1.27.

remplacé, dans son analyse, ce niveau approprié de protection par un critère quantitatif incorrect de 1 mSv/année".¹⁷

23. Le Groupe spécial a accepté et cité la propre formulation par la Corée de son niveau approprié de protection:

maintenir les niveaux de radioactivité des aliments consommés par les consommateurs coréens à des niveaux qui existent dans l'environnement ordinaire – en l'absence de rayonnements dus à un accident nucléaire majeur – et ainsi ... maintenir des niveaux de contamination radioactive dans les aliments qui soient "aussi bas qu'il est raisonnablement possible", au-dessous de la limite de dose de rayonnements de 1 mSv/année.¹⁸

24. La formulation de la Corée reconnaît que son niveau approprié de protection comprend trois éléments liés: 1) les niveaux qui existent dans l'environnement ordinaire; 2) le principe ALARA; et 3) la dose seuil d'exposition quantitative de 1 mSv/année.

25. Pour déterminer le niveau approprié de protection de la Corée, le Groupe spécial a dû clarifier la relation entre les trois éléments, ce que la Corée n'avait pas expliqué. Ce faisant, le Groupe spécial a évalué les éléments de preuve pertinents. En appel, la Corée soutient que, en évaluant les trois éléments, le Groupe spécial a mal compris le rôle de l'environnement ordinaire et du principe ALARA et s'est "seulement ax[é] sur un seuil quantitatif" de 1 mSv/année.¹⁹ La Corée fait erreur.

26. Le Groupe spécial a constaté que le rôle des deux premiers éléments (environnement ordinaire/principe ALARA) était d'éclairer la détermination par la Corée du troisième élément (limite d'exposition aux doses).

27. En ce qui concerne le premier élément, la limite d'exposition aux doses de 1 mSv/année a été établie compte tenu de sa relation avec les niveaux de rayonnements présents dans l'"environnement ordinaire". Le Groupe spécial a constaté qu'une dose de 1 mSv/année constituait un "ajout mineur"²⁰ au niveau de rayonnements présents dans l'"environnement ordinaire".

28. En ce qui concerne le deuxième élément, le Groupe spécial a constaté que le principe ALARA était simplement un outil dans le cadre d'un "processus" et non une "fin en soi". Le Groupe spécial a conclu que la Corée avait "utilisé" le principe ALARA dans le cadre d'un "processus" qui avait mené à l'établissement de sa limite d'exposition aux doses de 1 mSv/année.²¹ De fait en tant que "processus", le principe ALARA ne pouvait pas servir de niveau approprié de protection, car il ne définissait pas de "*niveau* de protection" particulier.

29. En ce qui concerne le troisième élément, selon le Groupe spécial, la Corée "reconnaît" qu'elle a adopté une limite d'exposition aux doses de 1 mSv/année pour les radionucléides issus de l'activité humaine présents dans les produits alimentaires, et que la limite sert à "quantifier" l'exposition qu'elle "est disposée à accepter" "pour le grand public".²²

30. Le Groupe spécial a en outre évalué le niveau approprié de protection "*effectivement appliqué*" dans les mesures de la Corée.²³ Le Groupe spécial a constaté que la Corée "[avait] établi" une limite d'exposition aux doses de 1 mSv/année, qu'elle utilisait dans ses propres mesures. Logiquement, comme l'a estimé le Groupe spécial, cela indique qu'une mesure de rechange respecte le niveau approprié de protection si elle garantit également que l'exposition aux doses dues aux aliments demeure inférieure à cette même limite.²⁴

31. Même si la Corée affirme que le Groupe spécial a donné trop de poids à la limite d'exposition aux doses de 1 mSv/année, et pas assez à l'"environnement ordinaire" et au principe ALARA, elle

¹⁷ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 184.

¹⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.172, citant la déclaration liminaire de la Corée à la deuxième réunion du Groupe spécial, paragraphe 66. (souligné dans l'original)

¹⁹ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 191.

²⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.170.

²¹ Voir le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.166.

²² Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.161 et 7.165.

²³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.158. (pas d'italique dans l'original)

²⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.172.

n'a fourni aucune explication sur la façon dont le Groupe spécial avait fait erreur dans son examen de la relation entre ces trois éléments du niveau approprié de protection. Le Japon ne voit pas d'erreur dans l'examen du Groupe spécial.

IV. LE GROUPE SPÉCIAL N'A PAS FAIT ERREUR EN FORMULANT SES CONSTATATIONS AU TITRE DE L'ARTICLE 2:3 DE L'ACCORD SPS

32. Le Japon a allégué au titre de l'article 2:3 que les mesures de la Corée donnaient lieu à une discrimination arbitraire ou injustifiable et une restriction déguisée au commerce international. Le Groupe spécial était de cet avis.

33. La Corée fait appel des constatations du Groupe spécial selon lesquelles: 1) des "conditions similaires" existaient pour les produits alimentaires en provenance du Japon et d'ailleurs; 2) la discrimination à l'égard des produits japonais est arbitraire et injustifiable, et donne lieu à une restriction déguisée au commerce international.

A. Le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant que des "conditions similaires" existaient

34. Du point de vue de l'interprétation, le Groupe spécial a constaté que les "conditions" pertinentes au titre de l'article 2:3 devaient être identifiées à la lumière des *objectifs réglementaires du défendeur* figurant dans la mesure contestée et des *risques SPS qu'elle traitait*.

35. La Corée ne semble pas faire objection. De fait elle souscrit à l'avis selon lequel "les conditions pertinentes devraient être éclairées par l'objectif réglementaire des mesures contestées".²⁵

36. Toutefois, la Corée allègue que le Groupe spécial a fait erreur en n'interprétant pas le terme "conditions" comme comprenant tous les "facteurs ... auxquels [faisait] face un pays" et qui étaient "potentiellement pertinents".²⁶ Cet argument ne résiste pas à un examen attentif. L'interprétation du Groupe spécial reconnaît que *toutes* les "conditions" peuvent être pertinentes, en fonction des objectifs de la mesure et du risques SPS qu'elle traite. Aucune "condition[]" n'est exclue.

37. Le grief de la Corée est que le Groupe spécial n'a pas donné de poids prépondérant aux conditions relatives au "territoire" du Japon. Le Groupe spécial a noté que ce terme figurant dans l'article 2:3 était qualifié par le terme "y compris", qui indiquait que le "territoire" était simplement *"un exemple de conditions qui pourraient être comparées, mais ... n'exclu[ait] pas la possibilité que d'autres conditions soient aussi comparées"*.²⁷ Le rôle des conditions territoriales variera selon les "circonstances", et, en particulier selon le risque SPS "traité par les mesures contestées".²⁸

38. La Corée conteste en outre le fait que le Groupe spécial s'est appuyé sur les articles I:1, III:4 et XX du GATT de 1994 comme contexte. La Corée ignore que, en se fondant sur ce contexte, le Groupe spécial a suivi l'Organe d'appel.²⁹ En outre, le Groupe spécial a utilisé ce contexte pour étayer l'affirmation simple selon laquelle l'Accord SPS et le GATT de 1994 avaient pour "objet" le "commerce des marchandises".

39. La Corée soutient que le Groupe spécial autorise le "contournement" de l'article 4:1 de l'Accord SPS. L'article 2:3 ne peut toutefois pas contourner l'article 4:1, car, comme l'a constaté le Groupe spécial, tous deux traitent des questions "différentes". Le premier traite de la façon dont *le Membre importateur applique ses propres mesures SPS*, tandis que le second traite du point de savoir si les *mesures SPS du Membre exportateur sont "équivalentes" à celles du Membre importateur*.

40. Dans le cadre de l'application du critère juridique, le Groupe spécial a constaté que les "conditions" pertinentes" correspondaient au "point de savoir si les produits en provenance du Japon et les produits en provenance du reste du monde [avaient] des possibilités similaires d'être

²⁵ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 268.

²⁶ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphes 249 et 250.

²⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.267. (pas d'italique dans l'original)

²⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.270.

²⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Australie – Saumons*, paragraphe 251.

contaminés par les 20 radionucléides du Codex" et si ces niveaux seraient inférieurs aux seuils respectifs de la Corée.³⁰ Il a ensuite déterminé que des conditions similaires existaient.³¹

41. La Corée allègue que le Groupe spécial a fait erreur dans l'application car, dans l'identification des "conditions" pertinentes, il s'est "axé exclusivement sur "le risque présent dans les produits""³² et a traité les conditions environnementales et écologiques comme n'étant "pas pertinent[es]".³³ La Corée a tort.

42. Le Groupe spécial a souligné qu'il "évaluera[it] ... la *totalité des éléments de preuve* qui lui [avaient] été fournis, *sans qu'aucun élément ne soit à lui seul déterminant*".³⁴ Il a constaté que les produits alimentaires en provenance du Japon et du reste du monde avaient le *même risque* de contenir les radionucléides pertinents à des niveaux supérieurs aux seuils de la Corée. Ce faisant, il a analysé en détail un large éventail d'éléments de preuve, qu'il a examinés à la lumière de l'objectif de la mesure consistant à protéger les consommateurs des risques que présentaient les aliments contaminés par des radionucléides. Ces éléments de preuve comprenaient des facteurs liés à l'environnement, l'écologie et les aliments.³⁵

43. Le Groupe spécial ne s'est par conséquent pas "axé exclusivement sur "le risque présent dans les produits""³⁶, et n'a pas non plus traité les conditions environnementales et écologiques comme n'étant "pas pertinentes", contrairement à ce que dit la Corée.³⁷ La Corée peut souhaiter que le Groupe spécial ait donné plus de poids aux éléments de preuve concernant ces deux conditions, mais elle n'a pas présenté d'appel à cet effet.

B. Le Groupe spécial n'a pas fait erreur en constatant une "discrimination arbitraire ou injustifiable" et une "restriction déguisée au commerce international"

1. Discrimination arbitraire ou injustifiable

44. Le Groupe spécial a constaté que les mesures de la Corée entraînaient une discrimination "arbitraire ou injustifiable" à l'égard des produits japonais, car la discrimination n'était pas rationnellement liée à l'objectif SPS de la mesure.³⁸ La Corée allègue que le Groupe spécial a fait erreur tant dans l'interprétation que dans l'application de l'article 2:3.

45. Dans un argument, la Corée fait objection au critère du "lien rationnel" du Groupe spécial. La Corée semble croire que la discrimination arbitraire et injustifiable survient seulement lorsqu'il n'y a "aucun lien rationnel". S'il y a un certain lien rationnel, la discrimination n'est pas, d'après elle, arbitraire et injustifiable.³⁹ Il apparaît que la Corée pense que, si "un certain niveau de discrimination" peut être justifié, le niveau *particulier* de discrimination *des mesures en cause* est *nécessairement* justifié.⁴⁰

46. La Corée fait erreur. Le niveau particulier de discrimination au titre de la mesure en cause doit être "*adapt[é]*"⁴¹ ou "*adapt[é]*"⁴² à l'objectif de la mesure. Ainsi, le simple fait qu'une "certain[e]" discrimination peut être justifiée ne signifie pas qu'un Membre peut procéder à un quelconque type de discrimination. De fait, comme l'a constaté le Groupe spécial, le niveau *particulier* de discrimination au titre de la mesure en cause doit être rationnellement lié – adapté – à l'objectif de la mesure.

³⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

³¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.322.

³² Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 268.

³³ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 269.

³⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.289. (pas d'italique dans l'original)

³⁵ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 2.1 à 2.11, 7.183 à 7.190, 7.196 à 7.199, 7.205 à 7.209, 7.220 à 7.237, et 7.290 à 7.315

³⁶ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 268.

³⁷ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 269.

³⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.355.

³⁹ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 302.

⁴⁰ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 301, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.351. (pas d'italique dans l'original)

⁴¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Thon (article 21:5)*, paragraphe 7.330. (pas d'italique dans l'original)

⁴² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.345.

47. Le Groupe spécial a en outre dûment appliqué le critère du lien rationnel. Par exemple, il a rappelé les "niveaux très faibles" de radionucléides "détectés dans les aliments japonais".⁴³ Les interdictions d'importer de la Corée sont "rigide[s] et stricte[s]" et ne tiennent pas compte "[du] profil de risque des [aliments] importés".⁴⁴ La Corée n'a pas appliqué ses mesures aux aliments en provenance d'autres sources présentant "des possibilités semblables" de contamination⁴⁵, ou "dont on s'attend[ait] à ce qu'ils soient fortement contaminés".⁴⁶ L'application des mesures est également fondée sur des critères qui n'ont rien à voir avec le risque de contamination (par exemple, le pavillon du navire de pêche; le lieu de transformation ou la condition du déclenchement des essais additionnels à 0,5 Bq/kg).⁴⁷

48. La Corée fait néanmoins valoir que ses mesures sont adaptées aux "risques ... existant à l'intérieur et à l'extérieur du *territoire japonais*". L'argument de la Corée, de nouveau, est incorrectement axé sur le "*territoire japonais*". Le Groupe spécial a constaté que l'objectif de la Corée concernait les risques SPS découlant des *aliments*.⁴⁸ La Corée n'a pas fait appel de la constatation du Groupe spécial concernant cet objectif.

49. Dans un autre argument, la Corée soutient que le Groupe spécial a mal compris l'affaire *CE – Hormones*. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a accepté que l'UE pouvait faire la distinction entre: 1) la *présence à l'état naturel* d'hormones de croissance dans la viande; et 2) l'*ajout intentionnel* d'hormones de croissance dans la viande par les producteurs. Comme l'a constaté le Groupe spécial, les faits en l'espèce sont différents.⁴⁹

50. Contrairement à l'affaire *CE – Hormones*, aucun radionucléide issu de l'activité humaine n'est ajouté intentionnellement aux produits alimentaires par les producteurs. Au contraire, ces radionucléides issus de l'activité humaine sont présents dans tous les aliments, du monde entier, *dans le cadre du processus de croissance naturelle*. En outre, aucune distinction objective ne peut être faite entre des radionucléides issus de l'activité humaine particuliers, tels que le césium, en fonction de l'épisode de rejet. Les risques que présente pour la santé un radionucléide particulier ne varient pas en fonction du *lieu et du mode* de rejet. Ainsi, le Groupe spécial a conclu à juste titre que, contrairement à l'affaire *CE – Hormones*, le présent différend ne comparait pas "*un phénomène issu de l'activité humaine avec un phénomène qui exist[ait] naturellement*", mais concernait "*les mêmes radionucléides issus de l'activité humaine rejetés à des moments différents lors d'événements différents*".⁵⁰

2. Restriction déguisée au commerce international

51. Le Groupe spécial a constaté que, étant donné que les mesures de la Corée donnaient lieu à une discrimination arbitraire ou injustifiable, elles donnaient aussi lieu à une restriction déguisée. La Corée fait valoir que le Groupe spécial a eu tort de constater qu'une "discrimination arbitraire ou injustifiable" était une forme de "restriction déguisée au commerce international".⁵¹ Toutefois, comme la Corée elle-même l'a fait valoir devant le Groupe spécial⁵², l'Organe d'appel a constaté que l'expression "restriction déguisée au commerce international" "englob[ait]" le concept de "discrimination arbitraire ou injustifiable".⁵³ Ainsi, étant donné que le Groupe spécial a constaté que les mesures de la Corée entraînaient le second élément, elles entraînent aussi le premier.

⁴³ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.343.

⁴⁴ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.343.

⁴⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.351.

⁴⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.343.

⁴⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.344 et 7.345.

⁴⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.283.

⁴⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.339.

⁵⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.339. (pas d'italique dans l'original)

⁵¹ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 332.

⁵² Corée, première communication écrite, paragraphe 105.

⁵³ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

V. LE GROUPE SPÉCIAL N'A PAS FAIT ERREUR DANS LE CHAMP TEMPOREL DE SON ÉVALUATION AU TITRE DE L'ARTICLE 11 DU MÉMORANDUM D'ACCORD EN CONSTATANT QUE LES MESURES DE LA CORÉE VIOLAIENT LES ARTICLES 2:3 ET 5:6 DE L'ACCORD SPS

52. Au cours de la procédure du Groupe spécial, il y a eu un profond désaccord entre les parties sur le point de savoir si la situation factuelle se poursuivant après la date d'établissement du Groupe spécial justifiait le maintien des mesures SPS de la Corée.

53. Le Japon a affirmé que les mesures SPS de la Corée étaient incompatibles avec les articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS, au moment de l'adoption des mesures et jusqu'à présent. Un principe essentiel de la position de la Corée était que les mesures étaient justifiées à la lumière de la situation "en cours", "présente" qui "contin[uait]", "à ce jour"⁵⁴, et il demeure un élément clé de son appel.⁵⁵ Néanmoins, la Corée a affirmé que le Groupe spécial était tenu de ne pas tenir compte des éléments de preuve présentés par le Japon qui soit n'étaient pas "à la disposition des autorités coréennes au moment de l'adoption des mesures"⁵⁶ ("éléments de preuve postérieurs à l'adoption"), soit, à tout le moins, se rapportaient à la situation factuelle postérieure à l'établissement du Groupe spécial ("faits postérieurs à l'établissement du Groupe spécial").

54. Le Groupe spécial est convenu que les articles 2:3 et 5:6 imposaient des obligations "non seulement lorsque les mesures [étaient] adoptées, mais aussi pendant la période où elles [étaient] en vigueur", c'est-à-dire des "obligations continues".⁵⁷ En ce qui concerne les allégations du Japon concernant la compatibilité des mesures de la Corée avec les articles 2:3 et 5:6 au moment de leur adoption, le Groupe spécial a constaté qu'il était tenu d'évaluer la situation factuelle existant jusqu'au moment de leur adoption.⁵⁸

55. En ce qui concerne les allégations du Japon relatives à l'obligation continue de la Corée de maintenir ses mesures d'une manière compatible avec les articles 2:3 et 5:6, le Groupe spécial a considéré qu'il était tenu d'évaluer la situation factuelle allant du moment de l'adoption des mesures de la Corée jusqu'à la date de son établissement. Ainsi, le Groupe spécial a décidé qu'il mettrait fin à son évaluation des faits étayant l'allégation *prima facie* du Japon selon laquelle les mesures avaient été maintenues d'une manière incompatible avec les articles 2:3 et 5:6 à la date d'établissement du Groupe spécial.⁵⁹

56. Le Groupe spécial a indiqué que cette date limite s'appliquait *exclusivement* aux éléments de preuve sur lesquels le Japon, en tant que plaignant, s'était fondé pour établir ses éléments *prima facie*. En revanche, il a constaté: i) que la Corée, en tant que défendeur, pouvait se fonder sur les éléments de preuve concernant les faits postérieurs à l'établissement du Groupe spécial pour *réfuter* l'allégation *prima facie* du Japon; et ii) qu'il pouvait évaluer des éléments de preuve concernant des faits postérieurs à son établissement pour *confirmer* ses constatations concernant la situation existant jusqu'au moment de son établissement.⁶⁰

57. Tout comme le Japon, la Corée fait appel de plusieurs éléments de l'approche du Groupe spécial concernant le champ temporel de son évaluation qu'elle considère comme des erreurs au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord.

A. Recours aux éléments de preuve concernant des faits postérieurs à l'établissement du Groupe spécial lors de l'évaluation du maintien des mesures contestées

58. Premièrement, la Corée fait valoir que le Groupe spécial a fait erreur en se fondant sur des éléments de preuve concernant des faits postérieurs à son établissement lors de l'évaluation du

⁵⁴ Voir, par exemple, Corée, deuxième communication écrite, paragraphes 6, 9, 23, 28, 34, 35, 38, 40, 47, 50, 51, 68, etc.; et sections II.D, II.D.1, II.D.2 et II.F.

⁵⁵ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphes 8, 12, 14, 15, 17, 18, 24, 25 et 285.

⁵⁶ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphes 200 et 335.

⁵⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.135 et 7.136.

⁵⁸ Voir, par exemple, le rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.253 à 7.256.

⁵⁹ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.141.

⁶⁰ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.142.

point de savoir si le Japon avait démontré que les mesures contestées avaient été *maintenues* d'une manière incompatible avec les obligations continues des articles 2:3 et 5:6.

59. La Corée fait valoir que, sous prétexte de "confirmer" ses constatations, le Groupe spécial s'est fondé sur des éléments de preuve concernant des faits postérieurs à son établissement dans l'évaluation de l'allégation *prima facie* du Japon. Elle fait valoir que, ce faisant, le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective de la question au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Elle affirme en outre que, en examinant des faits postérieurs à son établissement, le Groupe spécial a transformé l'affaire engagée à l'encontre de la Corée en "cible mobile".

60. Dans son propre appel, le Japon a démontré que le Groupe spécial avait *fait erreur* en ne tenant pas compte des éléments de preuve concernant des faits postérieurs à son établissement dans l'évaluation du point de savoir si le Japon avait établi *prima facie* que les mesures de la Corée étaient maintenues d'une manière incompatible avec les articles 2:3 et 5:6. Par conséquent, le postulat principal de l'appel de la Corée est erroné.

61. Si l'Organe d'appel devait rejeter son autre appel, le Japon démontre ci-après que le Groupe spécial n'a pas fait erreur en évaluant des éléments de preuve concernant des faits postérieurs à son établissement comme *confirmant* l'allégation *prima facie* du Japon à la lumière de la situation factuelle la plus récente. Si le Groupe spécial s'était entièrement abstenu d'examiner des éléments de preuve présentés en temps opportun concernant des faits postérieurs à son établissement, il n'aurait pas permis de régler le désaccord profond des parties concernant le point de savoir si les mesures étaient justifiées au regard de la situation factuelle la plus récente. En outre, il serait incompatible avec les prescriptions de l'article 11 en matière de régularité de la procédure que l'Organe d'appel infirme le recours du Groupe spécial à des éléments de preuve concernant des faits postérieurs à son établissement visant à confirmer l'allégation *prima facie* du Japon, tout en approuvant le recours du Groupe spécial à ces éléments de preuve lorsque ceux-ci étaient présentés par la Corée pour étayer sa réfutation.

62. En outre, la Corée n'a pas étayé ses allégations selon lesquelles le Groupe spécial n'avait pas évalué les faits objectivement au titre de l'article 11. L'Organe d'appel a insisté sur le fait qu'il n'allait pas "empiéter à la légère" sur le pouvoir qu'avait un groupe spécial d'établir les faits et que, pour ce faire, il "[devait] ... avoir la conviction que le Groupe spécial [avait] outrepassé [le] pouvoir ... dont il dispos[ait] pour juger les faits".⁶¹ Comme l'a noté l'Organe d'appel, la partie qui affirme qu'un groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective "assume la charge d'expliquer pourquoi l'erreur alléguée remplit le critère d'examen prévu à l'article 11".⁶² Dans sa communication en tant qu'appelant, la Corée "[n']explique[] [pas] pourquoi l'erreur alléguée remplit le critère d'examen prévu à l'article 11".

63. Spécifiquement, la Corée n'affirme pas, et démontre encore moins, que les éléments de preuve concernant des faits antérieurs à l'établissement du Groupe spécial sur lesquels s'est fondé celui-ci fournissaient une base insuffisante à la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Japon avait réussi à établir *prima facie* l'incompatibilité avec les articles 2:3 et 5:6.⁶³ La Corée n'affirme pas non plus, et démontre encore moins, que les éléments de preuve concernant des faits antérieurs à l'établissement du Groupe spécial sur lesquels s'est fondé celui-ci sont *compromis par* les éléments de preuve concernant des faits postérieurs à l'établissement du Groupe spécial sur lesquels celui-ci s'est aussi fondé, selon la Corée, et ne *peuvent pas être conciliés avec ceux-ci*.⁶⁴

64. De ce fait, la Corée n'a pas non plus établi que les éléments de preuve postérieurs à son établissement étaient si importants pour les constatations du Groupe spécial que le fait allégué qu'il n'en avait pas fait abstraction "[avait] une incidence sur l'objectivité de son évaluation factuelle".⁶⁵

⁶¹ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.150; rapport de l'Organe d'appel États-Unis – *Gluten de froment*, paragraphe 151.

⁶² Rapport de l'Organe d'appel CE – *Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.150; rapport de l'Organe d'appel CE – *Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

⁶³ Voir le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – *Acier au carbone*, paragraphe 142; le rapport de l'Organe d'appel Brésil – *Pneumatiques rechapés*, paragraphe 185; le rapport de l'Organe d'appel CE – *Aéronefs civils gros porteurs*, paragraphe 1317.

⁶⁴ Voir le rapport de l'Organe d'appel États-Unis – *Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 292.

⁶⁵ Rapport de l'Organe d'appel CE – *Éléments de fixation*, paragraphe 442.

65. À l'appui de sa position, la Corée énumère un certain nombre de cas dans lesquels elle affirme que le Groupe spécial n'a pas fait la distinction entre les rôles relatifs des éléments de preuve antérieurs et postérieurs à son établissement dans son évaluation de l'allégation *prima facie* du Japon, et ne les a pas non plus analysés. Toutefois, en se contentant d'énumérer ces cas, la Corée "[n']explique[] [pas] pourquoi l'erreur alléguée remplit le critère d'examen prévu à l'article 11".⁶⁶

66. Par souci d'exhaustivité, le Japon examine néanmoins chacun des éléments de preuve examinés par la Corée, et montre que celle-ci n'a pas démontré que l'approche du Groupe spécial s'agissant des éléments de preuve concernant des faits antérieurs et postérieurs à son établissement constituait une erreur au titre de l'article 11.

67. En outre, la Corée allègue aussi que, en examinant des éléments de preuve concernant des faits postérieurs à son établissement, le Groupe spécial a transformé l'affaire engagée à l'encontre de la Corée en "cible mobile", et a compromis les droits de la Corée en matière de régularité de la procédure. L'Organe d'appel a imposé des limites en ce qui concerne le moment choisi pour *présenter* des éléments de preuve afin de garantir la régularité de la procédure. Afin de poser les limites dans toute affaire donnée, les groupes spéciaux doivent faire une mise en balance des divers intérêts, y compris le droit de *chaque partie* de se voir ménager une possibilité véritable de formuler des observations sur les arguments et les éléments de preuve présentés par l'autre partie.⁶⁷ En l'espèce, ni la Corée ni le Groupe spécial n'ont laissé entendre que *l'un quelconque* des éléments de preuve fournis par le Japon n'avait pas été présenté en temps voulu, et la Corée n'a pas indiqué que le Groupe spécial l'avait privée du droit de formuler des observations sur l'un quelconque des éléments de preuve examinés en fin de compte par le Groupe spécial.

B. Recours à des éléments de preuve postérieurs à l'adoption lors de l'évaluation du maintien des mesures contestées

68. Deuxièmement, la Corée fait valoir que le Groupe spécial était tenu d'évaluer si les mesures contestées avaient été maintenues d'une manière incompatible avec les articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS seulement sur la base des éléments de preuve qui étaient "à la disposition des autorités coréennes au moment de l'adoption des mesures".⁶⁸

69. D'après la Corée, cette limitation découle du rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Fils de coton*.⁶⁹ Dans cette affaire, le Groupe spécial avait fait erreur en examinant une mesure de sauvegarde transitoire sur la base d'éléments de preuve qui n'existaient pas au moment où la détermination avait été faite. L'affaire *États-Unis – Fils de coton* était toutefois un différend concernant une détermination relative à une mesure corrective commerciale. Les éléments de preuve étaient par conséquent limités à ceux qui existaient au moment où la détermination a été faite.

70. La détermination des faits faisant dûment l'objet d'une évaluation au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord exige que le Groupe spécial tienne compte des caractéristiques de la question particulière dont il s'agit. L'obligation pertinente peut en particulier s'appliquer à un moment donné (par exemple, au moment de l'adoption d'une mesure); ou peut imposer des obligations qui se poursuivent dans le temps (par exemple pendant toute la durée d'application d'une mesure).

71. Les obligations imposées dans le cadre des déterminations relatives à une mesure corrective commerciale sont une sous-catégorie des obligations qui s'appliquent à un moment donné. Elles s'appliquent spécifiquement à un acte donné à un moment donné: elles s'appliquent à une détermination lorsqu'elle est faite.

72. En revanche, l'obligation de *maintenir* les mesures SPS d'une manière compatible avec les articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS relève d'une autre catégorie d'obligations contractées dans le cadre de l'OMC – à savoir les obligations qui s'appliquent d'une manière continue dans le temps.

⁶⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Produits dérivés du phoque*, paragraphe 5.150; rapport de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine)*, paragraphe 442.

⁶⁷ Rapport de l'Organe d'appel *Thaïlande – Cigarettes*, paragraphe 150.

⁶⁸ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphes 200 et 335.

⁶⁹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Fils de coton*, paragraphe 78.

73. Il y a de nombreuses obligations continues dans le droit de l'OMC, et une mesure soumise à une ou plusieurs de ces obligations continues doit être compatible avec l'obligation tout au long de la durée d'application de la mesure. De ce fait, le plaignant peut montrer que le maintien d'une mesure viole une obligation continue sur la base des circonstances actuelles, une approche suivie par des Groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans de nombreux différends au titre d'un large éventail d'accords visés.

C. Recours à des éléments de preuve postérieurs à l'adoption lors de l'évaluation de l'adoption des mesures contestées

74. Troisièmement, la Corée fait valoir que le Groupe spécial était tenu de limiter son évaluation du point de savoir si les mesures contestées avaient été *adoptées* d'une manière incompatible avec les articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS aux éléments de preuve qui étaient "à la disposition des autorités coréennes au moment de l'adoption des mesures".⁷⁰ La Corée affirme que procéder autrement créerait une incompatibilité avec l'article 11 du Mémoire d'accord.

75. Toutefois, le Groupe spécial a pris en compte d'une manière constante le champ temporel des éléments de preuve dans son évaluation des allégations du Japon au titre des articles 2:3 et 5:6 concernant la compatibilité des mesures contestées *au moment de l'adoption*, et telles qu'elles étaient *maintenues*.

76. Le Groupe spécial est parvenu à des conclusions distinctes pour les mesures: au moment de leur adoption, lors de différentes années, et telles qu'elles étaient maintenues.⁷¹ Le Groupe spécial a procédé ainsi sur la base des éléments de preuve correspondant précisément au champ temporel de son analyse, c'est-à-dire le moment de l'adoption des mesures; lors de différentes années; ou les mesures telles qu'elles étaient maintenues.

77. Par conséquent, l'allégation d'erreur de la Corée au titre de l'article 11 est sans fondement.

VI. LE GROUPE SPÉCIAL N'A PAS FAIT ERREUR EN FORMULANT SES CONSTATATIONS AU TITRE DE L'ARTICLE 5:7 DE L'ACCORD SPS

78. Le Japon n'a formulé aucune allégation au titre de l'article 5:7 de l'Accord SPS. Toutefois, la Corée a cherché à rendre l'article 5:7 pertinent pour son moyen de défense, par le biais d'un ensemble de présomptions partant de l'article 5:7 pour arriver aux articles 2:3 et 5:6.

- *Premièrement*, la Corée a affirmé que les interdictions d'importer et les prescriptions imposant des essais additionnels avaient été adoptées conformément à l'article 5:7.⁷²
- *Deuxièmement*, la Corée a fait valoir que, comme le Japon n'avait pas formulé d'allégation au titre de l'article 5:7, le Groupe spécial devait présumer que les mesures de la Corée étaient compatibles avec cette disposition, y compris les propositions factuelles sous-tendant l'article 5:7.⁷³ Le Groupe spécial doit en particulier supposer – sans évaluation – que les preuves scientifiques étaient *insuffisantes* pour la conduite d'une évaluation des risques liés aux aliments japonais.⁷⁴
- *Troisièmement*, la Corée a cherché à exploiter cette présomption dans son moyen de défense au titre des articles 2:3 et 5:6. En bref, au titre de ces deux dispositions, la Corée a affirmé que le Groupe spécial devait aussi présumer qu'en raison des incertitudes concernant le territoire japonais, les preuves scientifiques étaient insuffisantes pour évaluer le risque. Cette insuffisance présumée concernant les preuves scientifiques incertaines était alors un argument essentiel pour justifier la discrimination et les restrictions au commerce à l'égard des aliments japonais.

⁷⁰ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphes 200 et 335.

⁷¹ Rapport du Groupe spécial, paragraphes 7.253 à 7.256 et 8.2.

⁷² Voir, par exemple, Corée, première communication écrite, paragraphe 83; deuxième communication écrite, paragraphe 298; réponses aux questions du Groupe spécial après la première réunion de fond (question n° 106 a) du Groupe spécial), paragraphe 173.

⁷³ Voir, par exemple, Corée, déclaration liminaire à la première réunion de fond, paragraphes 42 et 43.

⁷⁴ Voir, par exemple, Corée, réponses aux questions du Groupe spécial après la première réunion de fond (question n° 106 a) du Groupe spécial), paragraphe 170.

79. Même si le Groupe spécial a examiné les arguments de la Corée selon lesquels ses "mesures ... entr[ai]ent dans le champ d'application de l'article 5:7" (c'est-à-dire l'étape 1 de la démarche précédemment décrite), il ne voulait pas le faire en utilisant une *présomption* (c'est-à-dire l'étape 2 de la démarche précédemment décrite). De fait, si l'on suit les règles habituelles de la charge de la preuve, la Corée en assumait la charge en tant que partie qui faisait des affirmations au sujet des conditions factuelles au titre de l'article 5:7.⁷⁵ Le Groupe spécial a constaté que la Corée n'avait pas démontré que ses mesures entraient dans le champ d'application de l'article 5:7.

80. En appel, la Corée affirme, *premièrement*, que le Groupe spécial n'a pas respecté son mandat en formulant des constatations au titre de l'article 5:7. Toutefois, même si les allégations et arguments du défendeur ne figurent jamais dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, un groupe spécial ne peut pas procéder à une "évaluation objective de la question", y compris de la "conformité" des mesures, sans les évaluer entièrement.

81. *Deuxièmement*, la Corée allègue que le Groupe spécial a appliqué une charge de la preuve erronée au titre de l'article 5:7. Le Japon n'est pas d'accord. Le Groupe spécial a expressément noté que la Corée "[avait] affirmé plusieurs postulats factuels sous-tendant ses arguments, le plus important étant que les preuves scientifiques étaient insuffisantes pour la conduite d'une évaluation objective du risque".⁷⁶ Le Groupe spécial a constaté que "la partie qui affirm[ait] une chose assum[ait] la charge de la prouver", et que rien dans l'article 5:7 ne "rempla[çait]" cette règle fondamentale.⁷⁷

82. *Troisièmement*, la Corée formule de nombreuses allégations d'erreur concernant les constatations du Groupe spécial au sujet du caractère suffisant des éléments de preuve, des renseignements pertinents à disposition et du fait que la Corée n'a pas examiné les mesures. La Corée n'établit pas de distinction claire entre les erreurs d'interprétation, d'application et d'évaluation. En outre, elle décrit fréquemment de façon erronée les constatations du Groupe spécial afin de créer un argument épouvantail qu'elle peut ensuite réfuter.

83. Un argument mérite d'être cité. Comme il a été souligné plus haut, l'un des thèmes récurrents de l'appel de la Corée est le fait supposé que le Groupe spécial n'a pas tenu compte des incertitudes alléguées dans les preuves scientifiques concernant la situation sur le site de la CNFD. En se fondant sur des affaires antérieures, le Groupe spécial a constaté à juste titre que la nature du risque SPS en jeu déterminait quelles preuves scientifiques étaient "pertinentes" au titre de l'article 5:7. En l'espèce, ce risque concerne les aliments. Ainsi, le Groupe spécial a constaté que les incertitudes alléguées n'empêchaient pas une évaluation des risques liés aux aliments. La Corée peut à présent contester le poids donné aux conditions environnementales, mais elle n'a pas montré en quoi le Groupe spécial avait commis de quelconques erreurs, en droit ou en fait.

VII. LE GROUPE SPÉCIAL N'A PAS FAIT ERREUR AU TITRE DE L'ANNEXE B 1) ET B 3) DE L'ACCORD SPS

84. Le Groupe spécial a constaté que pour chacune des mesures contestées, la Corée ne s'était pas conformée à l'Annexe B 1) et B 3). La Corée fait appel des deux constatations.

85. L'Annexe B 1) prescrit que les Membres publient les réglementations SPS de manière à ce que les Membres intéressés puissent en "prendre connaissance". Pour la Corée, le Groupe spécial a fait erreur en constatant que la publication devait permettre aux autres Membres de prendre connaissance des "conditions (y compris des principes et méthodes spécifiques) qui s'appliqu[ai]ent à [leurs] marchandises".⁷⁸ La Corée fait valoir qu'il n'est pas nécessaire que la publication fournisse aux Membres intéressés les renseignements dont ils ont besoin pour "se conformer à" une mesure.⁷⁹

86. La Corée a tort. Comme l'a indiqué le Groupe spécial dans l'affaire *CE – Produits des technologies de l'information*, la publication doit présenter des renseignements "plus ou moins compl[ets]" sur la teneur d'une mesure, afin que les commerçants et les gouvernements "[sachent]

⁷⁵ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.75. Voir aussi le paragraphe 7.74.

⁷⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.75. (pas d'italique dans l'original)

⁷⁷ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.75. (pas d'italique dans l'original)

⁷⁸ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 357, citant le rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.464.

⁷⁹ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 358.

... *quelles conditions s'appliqueraient à leurs marchandises* au moment de leur importation sur le territoire d'un Membre".⁸⁰ Cela est confirmé par l'Annexe B 2), qui accorde du temps aux producteurs, à la lumière de la publication au titre de l'Annexe B 1), pour "adapter leurs produits et méthodes de production aux *exigences* du Membre importateur". Cela est bien sûr possible uniquement si les producteurs connaissent, par le biais de la publication, les "conditions" qui constituent les "exigences" pertinentes.

87. En ce qui concerne l'application, la Corée ne souscrit pas à l'avis selon lequel l'expression "tous les produits de la pêche" est trop "vague" pour indiquer les produits visés par la mesure.⁸¹ Le Groupe spécial a constaté que cette expression n'était pas fondée sur des "sources couramment utilisées pour définir des termes dans le cadre du commerce international des produits de la pêche ou d'autres produits aquatiques", comme les définitions du Système harmonisé.⁸² Les définitions courantes de tels produits sont plus précises, par exemple en ce qui concerne des produits comme les algues. Même si elle insiste sur le fait que cette expression n'est pas vague, la Corée n'avance aucun argument pour expliquer pourquoi le Groupe spécial a fait erreur.

88. L'Annexe B 3) exige l'établissement d'un point d'information qui soit chargé de répondre aux questions et de fournir des documents. Dans une partie de son appel, la Corée conteste la constatation du Groupe spécial selon laquelle le point d'information est tenu de répondre aux questions raisonnables.⁸³ Toutefois, dans une autre partie, elle accepte que le point d'information doit répondre aux questions.⁸⁴

89. Le véritable grief de la Corée est que le Groupe spécial attendait trop du point d'information, et qu'il a imposé un critère de "responsabilité strict" pour toute absence individuelle de réponse.⁸⁵ La Corée ignore que le Groupe spécial a indiqué que les points d'information n'étaient *pas* soumis au "critère de la perfection".⁸⁶

90. La Corée affirme que, compte tenu des faits, "le Groupe spécial a constaté qu'une seule absence de réponse à une demande équivalait à une violation de l'Annexe B 3)".⁸⁷ Toutefois, le Groupe spécial a fondé sa constatation sur une série de manquements de la part du point d'information de la Corée.⁸⁸

⁸⁰ Rapport du Groupe spécial *CE – Produits des technologies de l'information*, paragraphe 7.1085. (pas d'italique dans l'original)

⁸¹ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 366.

⁸² Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.481.

⁸³ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 383.

⁸⁴ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 384.

⁸⁵ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 383.

⁸⁶ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.507.

⁸⁷ Corée, communication en tant qu'appelant, paragraphe 385.

⁸⁸ Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.520.

ANNEXE B-4**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA CORÉE
EN TANT QU'INTIMÉ***

1. La Corée répond aux allégations formulées par le Japon dans sa communication en tant qu'autre appelant, selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur en excluant des éléments de preuve et l'analyse postérieurs à son établissement de l'examen de l'allégation *prima facie* du Japon au titre des articles 2:3 et 5:6 de l'Accord SPS, et selon lesquelles le Groupe spécial a fait erreur dans son évaluation de la "similarité" au titre de l'article 8/de l'Annexe C 1) a).

A. IL ÉTAIT INTERDIT AU GROUPE SPÉCIAL D'EXAMINER DES ÉLÉMENTS POSTÉRIEURS À SON ÉTABLISSEMENT DANS SON ÉVALUATION AU TITRE DES ARTICLES 2:3 ET 5:6

2. Le Groupe spécial était tenu de déterminer si les mesures contestées contrevenaient à l'Accord SPS au moment de son établissement, c'est-à-dire le 28 septembre 2015 ou avant. Il était interdit au Groupe spécial de se fonder sur des analyses et des données postérieures à son établissement pour déterminer si le Japon avait réussi à établir l'existence d'une violation de l'Accord SPS.

3. Premièrement, les dispositions de l'Accord SPS sur le règlement des différends ne sont pas muettes en ce qui concerne le champ temporel. L'article 11:1 de l'Accord SPS fait référence aux articles XXII et XXIII du GATT de 1994 et au Mémoire d'accord. L'article XXIII indique qu'il doit déjà y avoir annulation ou réduction des avantages lorsque les représentations sont faites. D'après l'article 7 du Mémoire d'accord, l'examen d'un groupe spécial doit être axé sur la "question portée devant l'ORD" par la partie plaignante dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. La "question" doit être une situation qui existait avant d'être portée devant l'ORD.

4. Deuxièmement, la prescription imposant de procéder à "une évaluation objective de la question" interdisait au Groupe spécial d'examiner des éléments de preuve postérieurs à son établissement. Lorsqu'il examine une mesure SPS, le Groupe spécial ne doit pas faire d'examen *de novo*, et ne doit pas "substituer son propre jugement scientifique" à celui de l'organisme de réglementation national.¹ Ainsi, pour évaluer une mesure SPS, le Groupe spécial doit prendre en considération uniquement les renseignements dont disposait l'organisme de réglementation national. Lorsqu'un groupe spécial est établi, un organisme de réglementation pourrait tout au plus avoir à sa disposition des mesures prises jusqu'à la date de cet établissement. Il en va de même pour les analyses fondées sur ces mesures. L'évaluation de la compatibilité d'une mesure SPS par rapport à des données qui n'existaient pas encore au moment de l'établissement du groupe spécial reviendrait à imposer effectivement une prescription aux organismes de réglementation exigeant qu'ils devinent à quoi ressembleront les données à l'avenir. Si un groupe spécial devait examiner ces renseignements, il substituerait son propre jugement à celui de l'organisme de réglementation national, et procéderait ainsi à un examen *de novo*.

5. Contrairement à l'argument du Japon, un groupe spécial qui examine la situation existant jusqu'à son établissement examine la "question" dans sa totalité, d'une manière compatible avec les articles 7 et 11 du Mémoire d'accord. Le fait que la partie plaignante formule des allégations concernant le maintien d'une mesure SPS ne modifie pas cette conclusion.

6. Troisièmement, les objectifs du Mémoire d'accord consistant à parvenir à un règlement rapide, satisfaisant et positif du différend au titre de l'article 3:3, 3:4 et 3:7 ne signifient pas que le Groupe spécial était tenu d'examiner les éléments de preuve postérieurs à son établissement. Une solution rapide, satisfaisante et positive ne veut pas dire trancher en faveur de la partie plaignante, comme semble le soutenir le Japon. De fait, autoriser la partie plaignante à engager une procédure avant qu'une infraction ne se soit réellement matérialisée est précisément le type de comportement litigieux que l'article 3:10 cherche à décourager. En outre, assurer la sécurité et la prévisibilité est un objectif du mécanisme de règlement des différends de l'OMC tout aussi important. L'approche du

* Nombre total de mots: 1 277 (dans la version originale).

¹ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis/Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 590 et *Australie – Pommes*, paragraphe 213.

Japon dans le cadre de laquelle la matérialisation de la violation devient une "cible mobile" pouvant apparaître à n'importe quel moment de la procédure de groupe spécial compromet la sécurité et la prévisibilité.

7. Quatrièmement, le Japon fait à juste titre une distinction entre la présente affaire et des affaires concernant le moment choisi pour présenter les éléments de preuve. La Corée convient que la question en l'espèce n'est pas le moment choisi pour présenter les éléments de preuve, mais le fait que les éléments de preuve doivent démontrer que la violation s'était matérialisée au moment de l'établissement du Groupe spécial. Les éléments de preuve avancés par le Japon pour étayer ses allégations reflètent les circonstances postérieures à l'établissement du Groupe spécial et ne peuvent par conséquent pas être examinés.

8. Enfin, la jurisprudence n'étaye pas la position du Japon. Le fait que des groupes spéciaux antérieurs ont suivi une approche différente de celle qui est privilégiée par le Japon ne rend pas la leur incorrecte.

9. Même si le Japon conteste la décision du Groupe spécial de ne pas examiner les éléments de preuve postérieurs à son établissement, il allègue que ces erreurs n'invalident pas les constatations finales que le Groupe spécial a formulées au titre des articles 2:3 et 5:6 et demande que l'Organe d'appel complète l'analyse. Toutefois, l'Organe d'appel devrait infirmer les déterminations du Groupe spécial, car, même s'il a allégué avoir exclu les éléments de preuve postérieurs à son établissement, le Groupe spécial n'a pas fait de distinction appropriée entre les éléments de preuve antérieurs et postérieurs à son établissement dans son évaluation au titre des articles 2:3 et 5:6. En outre, l'Organe d'appel ne devrait pas compléter l'analyse juridique car il n'y a pas suffisamment de constatations factuelles faites par le Groupe spécial et de faits non contestés dans son dossier pour compléter l'analyse.

B. LE GROUPE SPÉCIAL A DÉCIDÉ DE MANIÈRE APPROPRIÉE DE NE PAS APPLIQUER DE PRÉSUMPTION DE SIMILARITÉ AU TITRE DE L'ARTICLE 8 ET DE L'ANNEXE C 1) A)

10. Les constatations du Groupe spécial selon lesquelles le Japon n'a pas établi qu'il pouvait être présumé que les produits importés étaient "similaires" aux produits coréens ne constituent pas une erreur de droit.

11. Premièrement, le Groupe spécial n'avait pas l'obligation d'appliquer de présomption de similarité, mais il était autorisé à mener une analyse de la similarité à l'aide des critères habituels.² Même si des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont *autorisé* l'application d'une présomption dans certaines circonstances, il n'existe pas de prescription *obligeant* un groupe spécial à appliquer la présomption de similarité.

12. De par sa nature, une présomption n'est pas absolue et peut être réfutée.³ Une présomption ne peut résister aux éléments de preuve concernant les quatre critères de la similarité habituels qui ont une incidence sur le rapport de concurrence entre les produits. Ainsi, indépendamment de la question de savoir si le Groupe spécial aurait dû ou non appliquer une présomption, il était en droit d'examiner les éléments de preuve concernant les facteurs de la similarité habituels.

13. Deuxièmement, le Groupe spécial a dûment examiné les préoccupations de la Corée relatives à la santé en tant que facteur intervenant dans son analyse de la similarité. Le Japon ne fournit aucun fondement à son allégation selon laquelle un groupe spécial est autorisé à examiner uniquement les termes d'une mesure lors de la détermination de la question de savoir si une mesure établit une distinction fondée uniquement sur l'origine. La détermination de la question de savoir si une distinction est fondée exclusivement sur l'origine dépendra de la "nature, de la configuration et du fonctionnement de la mesure en cause".⁴ Ces facteurs ne limitent pas l'examen par le Groupe spécial des termes d'une mesure.

14. En outre, l'application d'une mesure aux seuls produits japonais ne peut pas en soi démontrer que l'origine était l'*unique* distinction, si le fondement de la distinction des produits japonais était *aussi* fondé sur un facteur autre que l'origine du produit. De par sa nature, une mesure SPS établit

² Rapport du Groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière, L/3464, paragraphe 18.

³ Voir le rapport de l'Organe d'appel *Argentine – Services financiers*, paragraphe 6.45.

⁴ Japon, communication en tant qu'autre appelant, paragraphe 421.

une distinction fondée sur les risques pour la santé et la sécurité relatifs à l'origine du produit, et donc les préoccupations en matière de santé publique, comme celles dont l'existence est démontrée dans les éléments de preuve présentés par la Corée, sont le facteur le plus pertinent pour déterminer si la mesure établit une distinction fondée uniquement sur l'origine du produit.

15. Troisièmement, le Groupe spécial a constaté à juste titre que la Corée avait réussi à réfuter la présomption de similarité du Japon. La Corée a établi l'incidence des préoccupations en matière de santé publique sur le marché et a expliqué que les consommateurs avaient continué d'établir une distinction entre les produits alimentaires japonais et coréens et fait part de préoccupations concernant les risques pour la santé résultant de la contamination des produits alimentaires japonais par des radionucléides, en raison de l'accident de la centrale nucléaire et des rayonnements continuant de s'échapper de celle-ci.

16. Pour les raisons qui précèdent, la Corée demande que l'Organe d'appel rejette l'autre appel du Japon.

ANNEXE C**ARGUMENTS DES PARTICIPANTS TIERS**

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la communication du Brésil en tant que participant tiers	41
Annexe C-2	Résumé analytique de la communication de l'Union européenne en tant que participant tiers	42
Annexe C-3	Résumé analytique de la communication des États-Unis en tant que participant tiers	45

ANNEXE C-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU BRÉSIL EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS

1. Dans sa communication en tant que participant tiers présentée à l'Organe d'appel, le Brésil formule des observations sur trois questions: i) le mandat du Groupe spécial; ii) la charge de la preuve au titre de l'article 5:7 de l'Accord SPS; et iii) les obligations des Membres en matière de transparence au titre de l'Annexe B 1) de l'Accord SPS.
2. En ce qui concerne le mandat du Groupe spécial, le Brésil note que la Corée a cité l'article 5:7 dans sa première communication écrite. Par conséquent, les dispositions de l'article 7:2 du Mémoire d'accord devraient s'appliquer. Le Brésil croit comprendre, par conséquent, que l'article 5:7 relevait du mandat du Groupe spécial.
3. En ce qui concerne la charge de la preuve au titre de l'article 5:7 de l'Accord SPS, la Corée allègue qu'elle n'a pas fondé son moyen de défense sur le "droit assorti de réserves" ou l'"exemption assortie de réserves" de l'article 5:7, et qu'elle a uniquement mentionné cet article en tant que "contexte" lié à l'insuffisance des preuves scientifiques pertinentes lors de l'adoption de ses mesures SPS. Le Brésil fait observer que la règle générale concernant la charge de la preuve – en vertu de laquelle cette charge incombe à la partie qui présente une allégation – devrait être suivie en l'espèce.
4. Enfin, le Brésil soutient que l'interprétation appropriée de l'Annexe B 1) de l'Accord SPS devrait permettre de constater que cette disposition établit l'obligation de rendre publiques les mesures SPS d'une manière suffisamment complète, afin de permettre aux autres Membres de comprendre par quels moyens ils peuvent s'y conformer. Une telle évaluation devrait être faite au cas par cas.

ANNEXE C-2**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE L'UNION EUROPÉENNE
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS*****1. APPELS DE LA CORÉE ET DU JAPON CONCERNANT L'UTILISATION PAR LE GROUPE SPÉCIAL DE FAITS POSTÉRIEURS À SON ÉTABLISSEMENT**

1. S'agissant de la première partie des appels de la Corée au titre de l'article 11, l'UE ne voit pas comment le Groupe spécial aurait pu examiner des allégations concernant le *maintien* s'il limitait ses constatations aux faits antérieurs à l'adoption. En outre, l'UE indique que les faits postérieurs à l'établissement du Groupe spécial en l'espèce semblent simplement confirmer la conclusion du Groupe spécial fondée sur des faits antérieurs à son établissement. Ainsi, la préoccupation du Groupe spécial selon laquelle les plaignants pourraient contester des mesures compatibles avec les règles de l'OMC dans l'espoir que des faits futurs puissent les rendre incompatibles ne s'est pas concrétisée en l'espèce. Les préoccupations du Groupe spécial au sujet de la régularité de la procédure pouvaient également être traitées par d'autres moyens, comme des limites temporelles pour la présentation des éléments de preuve.

2. En principe, l'UE souscrit à l'avis selon lequel le meilleur moyen de parvenir à une solution rapide, satisfaisante et positive des différends au titre de l'article 3 du Mémoire d'accord est lorsque les Groupes spéciaux formulent des constatations et des recommandations sur la base des données de fait disponibles les plus récentes, dans les limites imposées par la régularité de la procédure. La mesure dans laquelle les faits postérieurs à l'établissement d'un groupe spécial sont pertinents varie en fonction de l'obligation pertinente. Dans le contexte de l'Accord SPS, les faits sous-jacents peuvent changer de manière importante au fil du temps, et il semble artificiel qu'un groupe spécial ferme entièrement les yeux sur de tels éléments de preuve. Il faudrait toutefois garder à l'esprit que l'on ne peut pas attendre des organismes de réglementation qu'ils réagissent instantanément à de nouveaux éléments factuels.

3. Par ailleurs, l'Union européenne ne considère pas qu'un groupe spécial fasse *nécessairement* erreur en adoptant une "date limite" pour son évaluation, en fonction des obligations pertinentes, des faits de la cause, de ce que les parties affirment et de ce que démontrent les éléments de preuve.

2. APPELS DE LA CORÉE CONCERNANT L'ARTICLE 5:7 DE L'ACCORD SPS

4. En ce qui concerne les violations alléguées du mandat du Groupe spécial, l'UE note que cette question peut dépendre, entre autres choses, de la question de savoir si, et à quel titre, la Corée a valablement invoqué l'article 5:7, et de la relation entre l'article 5:7 et les articles 2:3 et 5:6. S'agissant de ce dernier point, l'UE rappelle sa position selon laquelle les articles 2:3 et 5:6 restent applicables aussi en ce qui concerne une mesure provisoire au titre de l'article 5:7 mais que les obligations respectives devraient être appliquées et interprétées à la lumière de l'article 5:7 si la mesure entrerait dans son champ d'application. À cet effet, un groupe spécial peut examiner le point de savoir si une mesure entre dans le champ d'application de l'article 5:7 même si cet article n'est pas cité dans la demande d'établissement d'un groupe spécial. Toutefois, un groupe spécial ne devrait pas formuler de constatations d'incompatibilité avec l'article 5:7 (et en particulier les conditions y figurant) en l'absence d'allégation dans la demande d'établissement d'un groupe spécial.

5. En ce qui concerne la question systémique importante de savoir quelle partie assume la charge de la preuve au titre de l'article 5:7, l'UE note la jurisprudence de l'Organe d'appel dans les affaires *Maintien de la suspension*, selon laquelle la charge de la preuve au titre de l'article 5:7 incombe à la partie plaignante. Par conséquent, en principe, c'est au plaignant qu'il incombe de démontrer que les preuves scientifiques pertinentes sont suffisantes pour effectuer une évaluation des risques étayant l'affirmation selon laquelle le produit est sans danger. Cela étant dit, un défendeur souhaitant s'abriter derrière l'article 5:7 doit s'assurer non seulement du fait que les circonstances justifient l'applicabilité de cette disposition, mais aussi qu'il respecte les conditions qui y sont énoncées. Une préoccupation légitime doit reposer sur un fondement. L'UE note que les

* Nombre total de mots: 1 222 (dans la version originale).

circonstances dans lesquelles les parties ont invoqué (ou pas) l'article 5:7 sont assez particulières en l'espèce.

6. En ce qui concerne l'allégation de la Corée selon laquelle les éléments de preuve n'étaient pas insuffisants, l'UE est d'avis que les facteurs énumérés dans l'article 5:2 n'ont pas tous la même pertinence pour une évaluation des risques donnée. Même si l'UE ne donne pas son avis sur les faits en l'espèce, elle considère qu'il n'est pas exclu que, dans une affaire dans laquelle les risques liés aux aliments sont en cause, les conditions écologiques et environnementales plus générales du territoire d'un Membre peuvent avoir une pertinence plus limitée ou même, potentiellement, ne pas en avoir.

3. APPEL DE LA CORÉE AU TITRE DE L'ARTICLE 5:6 DE L'ACCORD SPS: NIVEAU APPROPRIÉ DE PROTECTION DE LA CORÉE

7. Il appartient à chaque Membre de l'OMC de déterminer son propre niveau approprié de protection. Étant donné que le niveau approprié de protection est le point de départ de l'analyse d'un groupe spécial au titre de l'article 5:6, celui-ci fait erreur s'il établit la mesure de rechange par rapport à un niveau approprié de protection qui ne correspond pas entièrement à ce qu'il a initialement considéré comme étant le niveau approprié de protection du Membre qui réglemente.

8. L'UE souscrit à l'avis de la Corée selon lequel, à toutes fins utiles, le Groupe spécial a déterminé que le niveau approprié de protection était de "1 mSv/année". La question essentielle à cet égard est la relation entre ce point de repère et les éléments qualitatifs du niveau approprié de protection: ces derniers sont-ils rendus opérationnels par le point de repère quantitatif, ou s'y ajoutent-ils? Il incombait à la Corée, en tant que Membre qui réglemente, de clarifier cette relation de façon à permettre une évaluation significative au titre de l'article 5:6.

4. APPELS DE LA CORÉE AU TITRE DE L'ARTICLE 2:3 DE L'ACCORD SPS

9. L'UE est d'avis, conformément à la jurisprudence antérieure, que l'objectif réglementaire d'une mesure devrait éclairer la détermination par le Groupe spécial des conditions pertinentes devant être comparées et que la détermination des conditions pertinentes dans un différend particulier se fera au cas par cas. L'UE ne donne pas son avis sur les faits de la cause mais considère que l'expression "conditions ... similaires" de l'article 2:3 n'exclut pas une comparaison qui serait axée sur le produit et que les conditions écologiques et environnementales du territoire d'un Membre ne doivent pas nécessairement être évaluées dans chaque affaire.

10. L'UE souscrit à l'avis de la Corée selon lequel, au titre de l'affaire *États-Unis – Essence*, la discrimination au titre de la première phrase devrait uniquement "être prise[] en compte" au titre de la deuxième phrase.

5. APPELS DE LA CORÉE AU TITRE DE L'ARTICLE 7 ET DE L'ANNEXE B DE L'ACCORD SPS

11. L'UE souscrit à l'avis selon lequel, dans certaines circonstances, une mesure SPS publiée peut ne pas être comprise en l'absence de référence à d'autres documents, auquel cas l'obligation de publication au titre de l'Annexe B 1) peut s'étendre à ces autres documents (par exemple des méthodes). L'UE considère que l'obligation de publier est objective, et que le fait que le Membre défendeur a pris connaissance d'une certaine façon d'une mesure SPS par d'autres moyens n'éliminerait pas l'incompatibilité concernant une mesure qui n'est pas publiée d'une manière adéquate. L'UE est d'avis que les cas individuels dans lesquels un point d'information ne répond pas à une question conduisent uniquement à une incompatibilité avec l'Annexe B 3) dans des circonstances exceptionnelles.

6. APPELS DU JAPON AU TITRE DE L'ARTICLE 8 ET DE L'ANNEXE C 1) A) DE L'ACCORD SPS

12. La disposition centrale relative à la non-discrimination dans le contexte de l'Accord SPS, qui devrait éclairer le critère de la similarité, est l'article 2:3 de l'Accord SPS. L'Annexe C 1) a) devrait être interprétée à la lumière de l'article 2:3. Elle ne devrait pas être interprétée comme imposant une discipline relative à la non-discrimination additionnelle et distincte aux mesures SPS, même lorsque ces mesures contiennent des éléments procéduraux.

13. Les risques pour la santé qui sous-tendent les procédures d'essai et de contrôle en cause devraient être pris en compte au titre de l'Annexe C 1) a) en tant que, par exemple, "facteurs ou [] circonstances sans rapport avec l'origine étrangère du produit" qui expliqueraient pourquoi elles sont moins favorables pour les produits du Membre importateur, ou en tant que questions pertinentes aux fins de l'évaluation du point de savoir si la distinction faite entre les produits d'origine nationale et les produits similaires est fondée exclusivement sur l'origine. Cela ne devrait toutefois pas équivaloir à une analyse de la motivation subjective de l'organisme de réglementation derrière l'adoption de la mesure au titre de l'Annexe C.

ANNEXE C-3**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DES ÉTATS-UNIS
EN TANT QUE PARTICIPANT TIERS****Introduction¹**

1. Les États-Unis présentent leurs vues sur certaines questions soulevées en appel par la Corée et le Japon. Dans la présente communication, les États-Unis examineront certaines questions d'interprétation du droit concernant l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires* (l'"Accord SPS") et le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord").
2. Dans la section II, les États-Unis expliquent pourquoi les allégations de la Corée au titre des articles 6:2, 7:1 et 11 du Mémorandum d'accord selon lesquelles le Groupe spécial a commis une erreur de droit en formulant des constatations au titre de l'article 5:7 doivent être jugées sans fondement.
3. Même si le mandat du Groupe spécial au titre des articles 6:2 et 7:1 limite la portée de la "question" dont il est saisi, l'article 7:2 prescrit que les Groupes spéciaux examinent toutes les dispositions pertinentes "cité[s] par les parties au différend". La question en cause, indiquée dans la demande d'établissement d'un groupe spécial du Japon, comprenait des allégations au titre des articles 2:3, 5:5 et 5:6 de l'Accord SPS. Compte tenu de la référence faite par la Corée à l'article 5:7 dans ses communications écrites, le Groupe spécial était habilité à examiner l'applicabilité de l'article 5:7.
4. L'allégation de la Corée au titre de l'article 11 du Mémorandum d'accord doit être jugée sans fondement car les articles 6:2 et 7:1 établissent le mandat d'un groupe spécial et l'article 11 ne fournit aucun fondement juridique additionnel pour l'examen du pouvoir dont dispose un groupe spécial.
5. Dans la section III, les États-Unis expliquent que le Groupe spécial a agi d'une manière compatible avec ses obligations au titre du Mémorandum d'accord en limitant son utilisation des éléments de preuve postérieurs à son établissement pour évaluer la compatibilité des mesures de la Corée avec les obligations pertinentes au moment de son établissement.
6. Au titre du Mémorandum d'accord, ce sont les mesures contestées, telles qu'elles existaient au moment de l'établissement du Groupe spécial, lorsque la "question" a été portée devant lui, qui relèvent à bon droit de son mandat. Les éléments de preuve postérieurs à l'établissement du Groupe spécial fournis par le Japon sont par conséquent pertinents dans la mesure où ils concernent la situation juridique qui existait à cette date.
7. Toutes les mesures pouvant être imposées par un Membre ultérieurement – qu'elles soient imposées après l'adoption des rapports du Groupe spécial et de l'Organe d'appel ou simplement après l'établissement d'un groupe spécial – seraient examinées dans la recommandation du Groupe spécial au titre de l'article 19:1 du Mémorandum d'accord, qui a un caractère prospectif en ce sens qu'elle a un effet sur les obligations de mise en œuvre des Membres de l'OMC, ou des conséquences pour celles-ci.
8. Dans la section IV, les États-Unis expliquent qu'il apparaît que les explications du Groupe spécial au sujet des "éléments essentiels" devant être inclus dans la publication d'une mesure vont au-delà de ce que le texte du paragraphe 1 de l'annexe B justifie.

¹ Conformément aux *Lignes directrices concernant les résumés analytiques des communications écrites*, WT/AB/23 (11 mars 2015), les États-Unis indiquent que le présent résumé analytique contient 580 mots au total et leur communication de participant tiers (sans le texte du résumé analytique) 5 859 mots (notes de bas de page incluses) (dans leur version originale).

9. Sur la base de son texte, le paragraphe 1 exige la publication des *réglementations* SPS, y compris des "lois, décrets ou ordonnances d'application générale". La mesure SPS doit être publiée "dans les moindres délais" et "de manière à permettre aux Membres intéressés d'en prendre connaissance". Ainsi, les Membres doivent pouvoir prendre connaissance de la *réglementation* SPS pertinente elle-même. L'interprétation du Groupe spécial donne de la prescription en matière de publication une lecture qui inclut des prescriptions additionnelles qui ne sont pas énoncées dans le texte du paragraphe 1.

10. Enfin, dans la section V, les États-Unis montrent que le paragraphe 3 de l'annexe B crée une obligation procédurale de faire en sorte qu'il "existe" un point d'information et que ce point d'information "soit chargé" de fournir certains renseignements. Il n'impose pas d'obligation de fond de fournir des renseignements ou d'expliquer les raisons sous-tendant ses mesures, et ne spécifie pas non-plus la nature de la réponse du point d'information. Les obligations de fond incombant aux Membres en matière de transparence et de communication de renseignements concernant les mesures SPS sont créées par d'autres dispositions de l'Accord SPS.
