

Annexe 17

ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE

WT/DS26/AB/R
WT/DS48/AB/R
16 janvier 1998

(98-0099)

Organe d'appel

**MESURES COMMUNAUTAIRES CONCERNANT
LES VIANDES ET LES PRODUITS CARNES
(HORMONES)**

AB-1997-4

Rapport de l'Organe d'appel

I.	Introduction: Exposé de l'appel	1
II.	Arguments des participants et des participants tiers	5
A.	<i>Allégations d'erreur formulées par les Communautés européennes</i> <i>- Appellant</i>	5
	1. Charge de la preuve	5
	2. Critère d'examen	6
	3. Le principe de précaution	7
	4. Evaluation objective des faits	8
	5. Application temporelle de l' <i>Accord SPS</i>	9
	6. Article 3:1	9
	7. Article 3:3	10
	8. Article 5:1	11
	9. Article 5:5	14
	10. Questions de procédure	16
B.	<i>Arguments des Etats-Unis - Intimé</i>	18
	1. Charge de la preuve	18
	2. Critère d'examen	19
	3. Le principe de précaution	20
	4. Evaluation objective des faits	20
	5. Application temporelle de l' <i>Accord SPS</i>	21
	6. Article 3:1	21
	7. Article 3:3	21
	8. Article 5:1	22
	9. Article 5:5	23
	10. Questions de procédure	23
C.	<i>Arguments du Canada - Intimé</i>	25
	1. Charge de la preuve	25
	2. Le principe de précaution	26
	3. Evaluation objective des faits	26
	4. Application temporelle de l' <i>Accord SPS</i>	27
	5. Article 3:1	27
	6. Article 3:3	28
	7. Article 5:1	28
	8. Article 5:5	29
	9. Questions de procédure	29
D.	<i>Allégations d'erreur formulées par les Etats-Unis - Appellant</i>	30
	1. Article 2:2	30
	2. Article 5:6	31

E.	<i>Allégations d'erreur formulées par le Canada - Appelant</i>	32
	1. Article 5:6	32
F.	<i>Arguments des Communautés européennes - Intimé</i>	33
	1. Article 2:2	33
	2. Article 5:6	35
G.	<i>Arguments des participants tiers</i>	36
	1. Australie	36
	2. Nouvelle-Zélande	38
	3. Norvège	38
III.	Questions soulevées dans le présent appel	39
IV.	Attribution de la charge de la preuve dans les procédures au titre de l' <i>Accord SPS</i>	40
V.	Le critère d'examen applicable aux procédures au titre de l' <i>Accord SPS</i>	46
VI.	La pertinence du principe de précaution dans l'interprétation de l' <i>Accord SPS</i>	50
VII.	Application de l' <i>Accord SPS</i> aux mesures promulguées avant le 1er janvier 1995	54
VIII.	L'obligation des groupes spéciaux de procéder à une évaluation objective des faits en vertu de l'article 11 du Mémorandum d'accord	56
	A. <i>Preuves concernant le MGA</i>	57
	B. <i>Preuves concernant les cinq autres hormones</i>	59
	C. <i>Preuves concernant la question du contrôle</i>	62
	D. <i>Preuves concernant l'article 5:5</i>	63
IX.	Certaines méthodes adoptées par le Groupe spécial	64
	A. <i>Choix des experts et recours à des experts</i>	64
	B. <i>Droits additionnels accordés aux Etats-Unis et au Canada en qualité de tierces parties</i>	66
	C. <i>Différence existant entre les allégations juridiques et les arguments</i>	70
X.	Interprétation des paragraphes 1 et 3 de l'article 3 de l' <i>Accord SPS</i>	71
	A. <i>Le sens de l'expression "sur la base de" telle qu'elle est utilisée à l'article 3:1 de l'Accord SPS</i>	72
	B. <i>Relation existant entre les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 3 de l'Accord SPS</i>	76
	C. <i>Conditions posées par l'article 3:3 de l'Accord SPS</i>	78

XI.	Interprétation des articles 5:1 et 2 de l' <i>Accord SPS</i> : établissement des mesures SPS sur la base d'une évaluation des risques	80
A.	<i>Interprétation de l'expression "évaluation des risques"</i>	81
1.	L'évaluation des risques et la notion de "risque"	82
2.	Éléments devant être pris en considération aux fins de l'évaluation des risques	84
B.	<i>Interprétation de l'expression "sur la base de"</i>	85
1.	L'article 5:1 contiendrait-il une "prescription de forme minimale"? . .	85
2.	Prescriptions de fond de l'article 5:1 - Relation logique entre la mesure SPS et l'évaluation des risques	87
XII.	Interprétation de l'article 5:5 de l' <i>Accord SPS</i> : cohérence des niveaux de protection et éventuelle discrimination ou restriction déguisée au commerce international	96
A.	<i>Considérations générales: les éléments de l'article 5:5</i>	97
B.	<i>Niveaux de protection différents dans des situations différentes</i>	99
C.	<i>Différences arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection</i> . . .	100
D.	<i>Entraînant une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international</i>	108
XIII.	Appels des Etats-Unis et du Canada: articles 2:2 et 5:6 de l' <i>Accord SPS</i>	114
XIV.	Constatations et conclusions	116



ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

Mesures communautaires concernant les
viandes et les produits carnés (hormones)

Communautés européennes, *appelant/intimé*

Etats-Unis, *appelant/intimé*

Canada, *appelant/intimé*

Australie, Nouvelle-Zélande et Norvège,
participants tiers

AB-1997-4

Présents:

Feliciano, Président de la section

Ehlermann, membre

Matsushita, membre

I. Introduction: Exposé de l'appel

1. Les Communautés européennes, les Etats-Unis et le Canada font appel de certaines questions de droit et interprétations du droit qui figurent dans les rapports des groupes spéciaux *Mesures communautaires concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*.¹ Ces deux rapports, distribués aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 18 août 1997, ont été établis par deux groupes spéciaux composés des trois mêmes personnes.² Ils sont similaires mais ne sont pas identiques à tous égards. Le Groupe spécial chargé d'examiner la plainte des Etats-Unis a été établi par l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") le 20 mai 1996. Le 16 octobre 1996, l'ORD a établi le Groupe spécial chargé d'examiner la plainte du Canada. Les Communautés européennes et le Canada sont convenus, le 4 novembre 1996, que la composition de ce groupe spécial serait identique à celle du groupe spécial établi à la demande des Etats-Unis.

2. Le Groupe spécial a examiné une plainte contre les Communautés européennes concernant une interdiction des importations de viande et de produits carnés provenant d'animaux auxquels les hormones naturelles oestradiol-17 β , progestérone ou testostérone, ou les hormones de synthèse acétate de trenbolone, zéranol ou acétate de mélangestrol ("MGA") avaient été administrées à des fins

¹Plainte déposée par les Etats-Unis, WT/DS26/R/USA, (le "rapport du Groupe spécial Etats-Unis") et plainte déposée par le Canada, WT/DS48/R/CAN (le "rapport du Groupe spécial Canada").

²Etant donné que la composition des deux groupes spéciaux était identique, nous les appellerons "le Groupe spécial".

anabolisantes. Cette interdiction d'importer était énoncée dans une série de directives du Conseil des Ministres, adoptées avant le 1er janvier 1995. Ces directives étaient les suivantes:

1. Directive du Conseil 81/602/CEE du 31 juillet 1981 (la "Directive 81/602")³;
2. Directive du Conseil 88/146/CEE du 7 mars 1988 (la "Directive 88/146")⁴; et
3. Directive du Conseil 88/299/CEE du 17 mai 1988 (la "Directive 88/299")⁵.

3. La Directive 81/602 interdisait l'administration aux animaux d'exploitation de substances à effet hormonal et de substances à effet thyrostatique. Elle interdisait également la mise sur le marché européen des viandes et produits carnés, tant d'origine nationale qu'importés, provenant d'animaux d'exploitation auxquels ces substances avaient été administrées. Elle prévoyait deux exceptions à cette interdiction: l'une concernait les substances à effet oestrogène, androgène ou gestagène qui étaient utilisées à des fins thérapeutiques et administrées par un vétérinaire ou sous la responsabilité d'un vétérinaire; l'autre visait trois hormones de croissance (oestradiol-17 β , progestérone et testostérone) et deux hormones de synthèse (acétate de trenbolone et zéranol) utilisées à des fins anabolisantes, si elles étaient agréées conformément aux réglementations des Etats membres de la Communauté économique européenne (la "CEE"); cette seconde exception était applicable en attendant que soient examinés les effets de ces hormones et que la CEE puisse prendre une décision au sujet de leur utilisation à des fins anabolisantes. La sixième hormone considérée dans le présent appel, le MGA, n'était pas visée par la seconde exception; elle était couverte par la prohibition générale des substances à effet hormonal ou thyrostatique.

4. Sept ans plus tard⁶, la Directive 88/146 a été adoptée, qui prohibait l'administration aux animaux d'exploitation des hormones de synthèse acétate de trenbolone et zéranol à quelque fin que ce soit ainsi

³Journal officiel n° L 222, 7 août 1981, page 32.

⁴Journal officiel n° L 70, 16 mars 1988, page 16.

⁵Journal officiel n° L 128, 21 mai 1988, page 36.

⁶Il est à noter que, le 31 décembre 1985 le Conseil des ministres a adopté la Directive 85/649/CEE interdisant l'utilisation de certaines substances à effet hormonal dans les spéculations animales, Journal officiel, n° L 382, 31 décembre 1985, page 228. Cette directive interdisait l'utilisation de toutes les hormones (à l'exception du MGA dont l'emploi avait été interdit précédemment) à des fins anabolisantes et établissait des dispositions plus détaillées au sujet des usages thérapeutiques autorisés. Elle a été contestée par la Cour de justice des Communautés européennes, qui l'a annulée pour des raisons procédurales dans son jugement du 23 février 1988 (Recueil, 1988, page 855. Peu après, la Commission européenne a présenté au Conseil une proposition de directive identique quant au fond, que le Conseil a adopté le 7 mars 1988 (Directive 88/146/CEE).

que l'administration des hormones naturelles oestradiol-17 β , progestérone et testostérone à des fins anabolisantes ou à des fins d'engraissement. Elle permettait aux Etats membres de la CEE d'autoriser, dans des conditions précises, l'utilisation des trois hormones naturelles à des fins thérapeutiques et zootechniques. La Directive 88/146 interdisait expressément tant le commerce intra-CEE que l'importation en provenance de pays tiers de viandes et de produits carnés provenant d'animaux auxquels avaient été administrées des substances à effet oestrogène, androgène, gestagène ou thyrostatique. Le commerce des viandes et des produits carnés provenant d'animaux traités avec ces substances à des fins thérapeutiques ou zootechniques n'était autorisé que dans certaines conditions. Ces conditions étaient énoncées dans la Directive 88/299.

5. A compter du 1er juillet 1997, les Directives 81/602, 88/146 et 88/299 ont été abrogées et remplacées par la Directive du Conseil 96/22/CE du 29 avril 1996 (la "Directive 96/22").⁷ Celle-ci maintient l'interdiction d'administrer aux animaux d'exploitation des substances ayant un effet hormonal ou thyrostatique. Comme les directives précédentes, elle interdit la mise sur le marché, ou l'importation en provenance de pays tiers, des viandes et produits carnés provenant d'animaux auxquels ces substances, y compris les six hormones en cause, ont été administrées. Par ailleurs, elle laisse toujours aux Etats membres la possibilité d'autoriser l'administration, à des fins thérapeutiques et zootechniques, de certaines substances à effet hormonal ou thyrostatique. Elle permet dans certaines conditions la mise sur le marché, et l'importation en provenance de pays tiers, des viandes et produits carnés provenant d'animaux auxquels ces substances ont été administrées à des fins thérapeutiques et zootechniques.

6. Le Groupe spécial a distribué ses rapports aux Membres de l'OMC le 18 août 1997. Le rapport du Groupe spécial Etats-Unis et le rapport du Groupe spécial Canada contenaient les mêmes conclusions au paragraphe 9.1:

i) Les Communautés européennes, en maintenant des mesures sanitaires qui ne sont pas établies sur la base d'une évaluation des risques, ont agi d'une manière incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 5:1 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires;

ii) Les Communautés européennes, en adoptant des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection sanitaire qu'elles considèrent appropriées dans des situations différentes, qui entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international, ont agi d'une manière incompatible avec les prescriptions

⁷Journal officiel n° L 125, 23 mai 1996, page 3.

contenues à l'article 5:5 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires;

iii) Les Communautés européennes, en maintenant des mesures sanitaires qui ne sont pas fondées sur des normes internationales existantes sans justification au regard de l'article 3:3 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, ont agi d'une manière incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 3:1 de cet accord.

Dans les deux rapports, le Groupe spécial recommandait au paragraphe 9.2:

... que l'Organe de règlement des différends demande aux Communautés européennes de mettre leurs mesures en cause en conformité avec leurs obligations au regard de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires.

7. Le 24 septembre 1997, les Communautés européennes ont notifié à l'ORD leur décision de faire appel de certaines questions de droit couvertes par les rapports du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par celui-ci, conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "Mémorandum d'accord"), et ont déposé deux déclarations d'appel⁸ auprès de l'Organe d'appel conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*"). Conformément à la règle 21 des *Procédures de travail*, les Communautés européennes ont déposé une communication en tant qu'appelant le 6 octobre 1997. Le 9 octobre 1997, les Etats-Unis et le Canada ont déposé des communications en tant qu'appelants conformément à la règle 23 1) des *Procédures de travail*. Le 20 octobre 1997, les Etats-Unis et le Canada ont tous deux déposé une communication en tant qu'intimés conformément à la règle 22 des *Procédures de travail* et les Communautés européennes ont déposé leur propre communication en tant qu'intimé conformément à la règle 23 3) des *Procédures de travail*. Le même jour, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et la Norvège ont déposé des communications distinctes en tant que participants tiers conformément à la règle 24 des *Procédures de travail*.

8. L'audience a eu lieu les 4 et 5 novembre 1997. Les participants et les participants tiers ont présenté leurs arguments oralement et ont répondu aux questions qui leur étaient posées par les membres de la section connaissant de l'appel. Les participants et participants tiers ont aussi fait des déclarations récapitulatives.

⁸WT/DS26/9, 25 septembre 1997, et WT/DS48/7, 25 septembre 1997.

II. Arguments des participants et des participants tiers

A. Allégations d'erreur formulées par les Communautés européennes - Appellant

1. Charge de la preuve

9. Les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial a commis trois erreurs en attribuant la charge de la preuve dans le présent différend. A leur avis, il a commis une erreur en ce qui concerne la question de la charge de la preuve au titre de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (l'"Accord SPS")* en général; en attribuant la charge de la preuve au titre de l'article 3:3 de l'*Accord SPS*; et en attribuant la charge de la preuve au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

10. S'agissant de la question de la charge de la preuve au titre de l'*Accord SPS* en général, les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial a constaté à tort que la charge de la preuve au titre de l'*Accord SPS* incombait au Membre qui imposait une mesure.⁹ Selon elles, aucune des considérations générales invoquées par le Groupe spécial n'étaye l'interprétation selon laquelle des règles spéciales concernant la charge de la preuve devraient s'appliquer dans les procédures concernant l'*Accord SPS*.

11. Pour ce qui est de l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 3:3 de l'*Accord SPS*, les Communautés européennes ne sont pas d'accord avec le Groupe spécial lorsqu'il constate que l'article 3:3 constitue une exception à l'obligation générale, énoncée à l'article 3:1, d'établir les mesures sur la base de normes internationales, et que la charge de la preuve au titre de l'article 3:3 incombe donc au défendeur.¹⁰ Elles font valoir que l'*Accord SPS* reconnaît expressément qu'un Membre a le droit de choisir un niveau de protection sanitaire et phytosanitaire approprié et que l'article 3:3 énonce les conditions spécifiques régissant l'exercice de ce droit dans les cas où il existe une norme internationale. Selon elles, l'article 3:3 n'énonce pas une "obligation générale" qui doit être considérée isolément, mais présente l'une des trois options dont un Membre dispose lorsqu'il existe une norme internationale.

⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.52 à 8.54; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.55 à 8.57.

¹⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.86; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.89.

12. Pour ce qui est de la charge de la preuve au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, les Communautés européennes contestent la constatation du Groupe spécial selon laquelle le Canada et les Etats-Unis se sont acquittés de l'obligation qui leur incombait de présenter un commencement de preuve d'incompatibilité avec l'article 5.1, pour l'importation de viande traitée avec l'hormone MGA.¹¹ Elles relèvent que le Canada et les Etats-Unis ont indiqué qu'ils avaient procédé à une évaluation des risques et avaient autorisé le MGA à des fins anabolisantes, mais qu'ils refusaient de communiquer les preuves et renseignements scientifiques, invoquant le caractère confidentiel de leurs études. Elles estiment que le Groupe spécial avait commis une erreur de droit fondamentale en négligeant de tenir compte du refus du Canada et des Etats-Unis de présenter toutes les études disponibles.

2. Critère d'examen

13. Les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial a commis une erreur de droit¹² en n'accordant pas de "déférence" aux aspects suivants des mesures communautaires: premièrement, la décision des Communautés européennes de fixer et d'appliquer un niveau de protection sanitaire supérieur à celui que recommande le Codex Alimentarius (le "Codex") en ce qui concerne les risques découlant de l'utilisation à des fins anabolisantes des hormones en cause; deuxièmement, l'évaluation scientifique et la gestion du risque que présentent les hormones en question; et troisièmement, l'attachement des Communautés au principe de précaution et leur répugnance à accepter tout accroissement du risque de cancer.

14. Les Communautés européennes font valoir que les groupes spéciaux de l'OMC devraient adopter le critère de la "déférence raisonnable" lorsqu'ils examinent la décision d'un Membre d'adopter une politique scientifique donnée ou la détermination d'un Membre selon laquelle telle ou telle inférence faite à partir des données disponibles est scientifiquement plausible. Pour les Communautés européennes, le Groupe spécial a imposé dans la présente affaire sa propre évaluation des preuves scientifiques.

15. Les Communautés européennes affirment que les groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 ont rejeté l'idée d'un critère d'examen *de novo* en ce qui concerne l'établissement des

¹¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.253; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.256.

¹²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.124, 8.127, 8.133, 8.134, 8.145, 8.146, 8.194, 8.199, 8.213 et 8.255; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.127, 8.130, 8.136, 8.137, 8.148, 8.149, 8.197, 8.202, 8.216 et 8.258.

faits¹³, et que cette approche a continué d'être suivie par les groupes spéciaux établis dans le cadre du Mémoire d'accord.¹⁴ Elles allèguent que le critère d'examen fondé sur la déférence raisonnable est inclus dans l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce* (l'*Accord sur l'OMC*)¹⁵, à l'article 17.6 de l'*Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* (l'*Accord antidumping*). Les Communautés européennes estiment que le principe de la déférence raisonnable est applicable dans toutes les situations factuelles très complexes, y compris l'évaluation des risques que présentent pour la santé humaine les toxines et les contaminants, et que, par conséquent, le Groupe spécial a appliqué en l'espèce un critère d'examen inapproprié.

3. Le principe de précaution

16. Les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en estimant que le principe de précaution n'était d'application que pour les "mesures provisoires" prises au titre de l'article 5:7 de l'*Accord SPS*.¹⁶ A leur avis, ce principe est déjà une règle coutumière générale du droit international ou du moins un principe de droit général, qui par essence ne s'applique pas seulement à la gestion du risque mais aussi à son évaluation. Elles allèguent que le Groupe spécial a donc commis une erreur en déclarant que l'application du principe de précaution "ne l'emporterait

¹³Les Communautés font référence aux rapports suivants: rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Imposition de droits antidumping sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, adopté le 27 avril 1994, ADP/87; rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Imposition de droits compensateurs sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, adopté le 28 avril 1994, SCM/153; rapport du Groupe spécial *Corée - Droits antidumping appliqués aux importations de polyacétals en provenance des Etats-Unis*, adopté le 27 avril 1993, IBDD S40/236; rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Mesures affectant les importations de bois de construction résineux en provenance du Canada*, adopté les 27 et 28 octobre 1993, IBDD S40/416; rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Droits antidumping appliqués aux importations de tôles fortes d'acier en provenance de Suède*, ADP/117, 24 février 1994, non adopté; rapport du Groupe spécial *CE - Application de droits antidumping aux importations de bandes audio en cassettes provenant du Japon*, ADP/136, 28 avril 1995, non adopté; et rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth, laminés à chaud originaires de France, d'Allemagne et du Royaume-Uni*, SCM/185, 15 novembre 1994, non adopté.

¹⁴Les Communautés européennes font référence aux rapports suivants: rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles en provenance du Costa Rica* ("Etats-Unis - Vêtements de dessous"), adopté le 25 février 1997, WT/DS24/12; rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissées en provenance d'Inde* ("Etats-Unis - Chemises et blouses"), adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/R.

¹⁵Fait à Marrakech (Maroc), le 15 avril 1994.

¹⁶Rapport du Groupe spécial *Etats-Unis*, paragraphes 8.157 et 8.158; rapport du Groupe spécial *Canada*, paragraphes 8.160 et 8.161.

pas sur l'énoncé explicite de l'article 5:1 et 2 [de l'*Accord SPS*] et en donnant à entendre que ce principe pourrait être en conflit avec ces articles. Les Communautés européennes affirment que l'article 5:1 et 2 et l'Annexe A.4 de l'*Accord SPS* ne prescrivent pas un type particulier d'évaluation des risques, mais recensent simplement les facteurs à prendre en compte. Les dispositions n'empêchent donc pas les Membres de se montrer prudents dans la fixation des normes sanitaires en cas d'informations scientifiques contradictoires et d'incertitudes.

4. Evaluation objective des faits

17. Les Communautés européennes font valoir que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des faits et n'a donc pas satisfait aux obligations qui lui incombent au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord. Elles allèguent que le Groupe spécial a ignoré ou faussé les preuves concernant le MGA et les cinq autres hormones en cause fournies par les experts qu'il a consultés, ainsi que les preuves scientifiques présentées par les Communautés. A l'appui de cet argument, elles affirment que le Groupe spécial a manifestement déformé les vues aussi bien de M. Lucier¹⁷ que de M. André¹⁸. D'après elles, et contrairement à ce que le Groupe spécial a constaté, les preuves fournies au Groupe spécial par la majorité de ses propres experts scientifiques montraient qu'il y avait un risque réel que l'utilisation des hormones en causait des effets préjudiciables. Les Communautés prétendent par ailleurs que le Groupe spécial a manifestement faussé les preuves scientifiques en considérant que la Conférence scientifique de 1995 des Communautés européennes sur l'utilisation d'anabolisants dans la production de viande (la "Conférence scientifique CE de 1995") équivalait à une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 et 2. La distinction que le Groupe spécial avait établie entre les études générales sur les risques pour la santé que présentent les hormones et les études spécifiques traitant des risques pour la santé des résidus dans les denrées alimentaires d'hormones utilisées à des fins anabolisantes était, de l'avis des Communautés européennes, conçue uniquement dans le but de lui permettre de conclure que les Monographies du Centre international de recherche sur le cancer (le "CIRC")¹⁹ ne constituait pas une évaluation des risques en l'espèce. Les Communautés européennes affirment que cela revient à fausser les preuves scientifiques pertinentes. Elles prétendent aussi que le Groupe spécial

¹⁷Voir en particulier la note de bas de page 331 du rapport du Groupe spécial Etats-Unis et la note de bas de page 437 du rapport du Groupe spécial Canada.

¹⁸Voir en particulier la note de bas de page 348 du rapport du Groupe spécial Etats-Unis et la note de bas de page 455 du rapport du Groupe spécial Canada.

¹⁹Les Monographies de 1987 du CIRC sur l'évaluation de la cancérogénicité pour l'homme, Supplément n° 7 (les "Monographies de 1987 du CIRC").

a agi en violation de l'article 11 du Mémorandum d'accord en ne tenant pas compte de plusieurs articles et avis de divers scientifiques qu'elles ont invoqués.

18. S'agissant des problèmes se rapportant au contrôle de l'utilisation correcte des hormones, les Communautés européennes prétendent qu'elles ont présenté des preuves spécifiques convaincantes au Groupe spécial, mais que celui-ci ou bien n'a pas pris ces preuves en considération, ou bien ne les a pas résumées correctement dans le rapport. Enfin, le Groupe spécial n'aurait pas tenu compte des arguments présentés par les Communautés européennes sur les raisons pour lesquelles les situations comparées par le Groupe spécial au titre de l'article 5:5 n'étaient pas comparables. En rejetant les six raisons avancées par les Communautés européennes pour montrer que la distinction dans les niveaux de protection sanitaire entre le carbadox et l'olaquinox, d'une part, et les hormones en cause, d'autre part, n'était ni arbitraire ni injustifiable, les Communautés prétendent que le Groupe spécial n'a pas tenu compte des preuves qui lui étaient présentées.

5. Application temporelle de l'Accord SPS

19. Les Communautés européennes affirment que la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'Accord SPS s'applique aux mesures qui ont été adoptées avant l'entrée en vigueur dudit accord mais qui n'ont pas cessé d'exister à cette date est trop radicale.²⁰ Selon elles, certaines dispositions de l'Accord SPS témoignent d'une intention différente, du moins si ces dispositions sont interprétées comme le propose le Groupe spécial. L'article 5:1 à 5 prévoit que l'exécution de certains actes et procédures préparatoires avant l'adoption d'une mesure et les obligations de ce type s'éteignent une fois que les mesures à l'examen sont adoptées. Elles concluent donc que l'Accord SPS ne s'applique pas à la procédure d'élaboration des mesures communautaires en cause dans le présent différend.

6. Article 3:1

20. Les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial a commis une erreur d'interprétation au sujet de l'expression "sur la base de" en déclarant que l'article 3:2 "assimile" les mesures établies "sur la base de" normes internationales à des mesures qui sont "conformes à" ces normes.²¹ Elles affirment que ces expressions ont un sens différent.

²⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.25 et 8.26; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.28 et 8.29.

²¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.72; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.75.

21. Les Communautés européennes soulignent que l'on a utilisé les expressions "sur la base de" et "fondées sur" aux paragraphes 1 et 3 de l'article 3, mais l'expression "conformes aux" au paragraphe 2. En outre, l'article 2 établit une distinction entre "fondée sur" (paragraphe 2) et "conformes aux" (paragraphe 4). Ces différences dans les paragraphes consécutifs de divers articles ne peuvent pas être accidentelles.

22. Pour les Communautés européennes, une mesure peut s'écarter - mais pas de manière substantielle - de la teneur d'une recommandation du Codex et être considérée comme étant établie "sur la base de" cette recommandation aux fins de l'article 3:1. Toutefois, l'*Accord SPS* ne définit pas ce que constitue un écart "substantiel". Les Communautés soutiennent que l'article 3 de l'*Accord SPS* atteint son objectif, qui est de favoriser l'harmonisation internationale, en permettant aux Membres de choisir entre trois options. Premièrement, un Membre peut choisir de mettre ses mesures sanitaires en conformité avec les recommandations du Codex, conformément à l'article 3:2. Deuxièmement, il peut simplement souhaiter "[établir ses] mesures sanitaires ... sur la base de ... recommandations internationales", conformément à l'article 3:1, au lieu de les mettre en conformité avec ces recommandations. Troisièmement, il peut décider, conformément à l'article 3:3, d'établir des mesures sanitaires qui assurent "un niveau de protection sanitaire ... plus élevé" que celui qui serait obtenu avec des mesures "fondées sur" les recommandations du Codex. Comme on l'a vu plus haut²², les Communautés européennes estiment que ces trois options ont la même valeur et que l'article 3:3 ne peut être qualifié d'exception à l'article 3:1. Elles contestent donc l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 3:1 et ses conclusions concernant cet article.

7. Article 3:3

23. Les Communautés européennes allèguent que la constatation du Groupe spécial selon laquelle, quelle que soit la différence pouvant exister entre les deux exceptions énoncées à l'article 3:3, une mesure sanitaire ne peut être justifiée au titre de cette disposition que si elle est compatible avec les exigences de l'article 5²³, réduit de fait les deux conditions distinctes énoncées dans la première phrase de l'article 3:3 à de simples "détails superflus". Selon elles, l'article 3:3 définit le concept de la première condition ("justification scientifique") dans la note de bas de page s'y rapportant sans faire directement référence à l'article 5, paragraphes 1 à 8, comme il le fait avec la deuxième condition ("si cela est

²²Paragraphe 11 du présent rapport.

²³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.83; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.86.

la conséquence du niveau de protection sanitaire plus élevé"). Le fait que la note de bas de page relative à l'article 3:3 ne fait pas référence à l'article 5:1 à 8 est en soi une preuve suffisante de l'intention des rédacteurs de limiter l'application de l'article 5 dans le cas de la première condition. Aussi les Communautés affirment-elles que le sens et la structure mêmes de l'article 3:3 signifient que les prescriptions en matière d'évaluation des risques énoncées à l'article 5 ne s'appliquent que si la deuxième de ces deux conditions est remplie.

8. Article 5:1

24. Les Communautés européennes contestent la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'article 5:1 oblige un Membre qui impose une mesure SPS à fournir la preuve qu'il a "tenu compte" d'une évaluation des risques lorsqu'il a adopté ou maintenu sa mesure sanitaire²⁴ car ni le sens ordinaire de l'expression "sur la base de" replacée dans son contexte, ni l'objet ni le but de l'article 5 ne donnent à penser qu'une "prescription de forme minimale" est énoncée à l'article 5:1.

25. Les Communautés européennes affirment que le fait d'exiger des preuves concrètes dans le préambule des Directives des CE ou d'autres preuves que les Communautés européennes ont effectivement tenu compte des études scientifiques lorsqu'elles ont adopté ou maintenu les mesures en cause est déraisonnable et arbitraire et va à l'encontre de l'objet et du but de l'article 5 et de l'*Accord SPS*. L'interprétation du Groupe spécial selon laquelle l'évaluation des risques ne peut pas être continue n'a pas de fondement juridique et il n'y a donc aucune raison de restreindre l'évaluation des risques à des "preuves anciennes". Les Communautés européennes affirment qu'il existe un objectif SPS légitime consistant à donner aux Membres qui risquent d'être affectés l'occasion de produire des preuves scientifiques concernant des mesures particulières et à veiller à ce que le Membre qui adopte la mesure SPS examine ces preuves. Par conséquent, elles soutiennent que toutes les parties et tierces parties devraient avoir le droit de présenter de "nouvelles" preuves pertinentes au Groupe spécial.

26. S'agissant des constatations du Groupe spécial sur la compatibilité de l'interdiction d'importer avec les prescriptions de fond de l'article 5:1, les Communautés européennes allèguent que le Groupe spécial a commis six erreurs d'interprétation au sujet de l'article 5:1. Premièrement, il a établi à tort une distinction entre les études qui portent expressément sur les hormones utilisées à des fins

²⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.113; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.116.

anabolisantes, comme le rapport de 1982 du Comité scientifique vétérinaire des CE²⁵ (le "Rapport Lamming") et les rapports du JECFA²⁶ et les études qui traitent des hormones en général, comme les Monographies de 1987 du CIRC et les articles et avis de divers scientifiques auxquels les Communautés européennes ont fait référence.²⁷ L'hypothèse retenue par le Groupe spécial, selon laquelle une telle distinction fait une différence sur le plan qualitatif en ce qui concerne l'évaluation des risques est fautive, et la distinction arbitraire. Les Communautés européennes font valoir que l'article 5:1 et 2 ne prescrit pas de techniques pour l'évaluation des risques ni ne donne de précisions sur les critères de l'évaluation des risques.

27. Deuxièmement, l'avis du Groupe spécial selon lequel l'article 5:1 impose aux Membres l'obligation fondamentale de mettre leurs mesures SPS en conformité avec les conclusions des rapports du JECFA ou des rapports d'autres comités scientifiques est manifestement incorrect. La "base scientifique" des mesures SPS ne peut être limitée aux conclusions, adoptées formellement, de comités appelés à examiner ou à analyser les risques qu'une substance peut présenter. Ces conclusions sont seulement un des éléments à prendre en compte. Les "preuves scientifiques disponibles" mentionnées à l'article 5:2 incluent à la fois les avis scientifiques généraux ou majoritaires, ainsi que les avis scientifiques minoritaires ou dissidents (souvent exprimées dans un premier temps par certains scientifiques). Les Communautés européennes contestent également la constatation du Groupe spécial selon laquelle les rapports du Parlement européen "ne sont pas scientifiques"²⁸ et allèguent que cette constatation est manifestement fautive, à coup sûr pour ce qui est du "Rapport Pimenta".²⁹

²⁵Rapport de 1982 du Comité scientifique vétérinaire, du Comité scientifique de l'alimentation animale et du Comité scientifique de l'alimentation humaine des CE établi sur la base du rapport du Groupe de travail scientifique sur les agents anabolisants dans la production animale.

²⁶Evaluation des résidus de certains médicaments vétérinaires dans les aliments: trente-deuxième rapport du Comité mixte FAO/OMS d'experts des additifs alimentaires, Série de Rapports techniques 763 (Organisation mondiale de la santé, 1988); et Evaluation des résidus de certains médicaments vétérinaires dans les aliments: trente-quatrième rapport du Comité mixte FAO/OMS d'experts des additifs alimentaires, Série de Rapports techniques 788 (Organisation mondiale de la santé, 1989).

²⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.127 et 8.130; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.130 et 8.133.

²⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.109; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.112.

²⁹Parlement européen, Documents de session, rapport établi pour le compte de la Commission d'enquête sur le problème de la qualité dans le secteur de la viande, rapporteur: M. Carlos Pimenta, document A2-11/891/Parties A-B, mars 1989 (le "Rapport Pimenta").

28. Troisièmement, l'interprétation que le Groupe spécial a donnée de l'expression "sur la base de" figurant à l'article 5:1, qui signifierait "conforme à", est fautive.³⁰ Les Communautés européennes font valoir que les rapports des comités scientifiques ne disent souvent presque rien, ou que très peu de chose, au sujet de certains des facteurs mentionnés à l'article 5:1 et 2. Pour elles, l'article 5:1 est conçu pour obliger les Membres à avoir quelques motifs scientifiques plausibles sur lesquels "fonder" leurs mesures sanitaires, mais pas pour les obliger à mettre absolument leurs mesures en conformité avec les conclusions techniques et scientifiques des rapports.

29. Quatrièmement, les Communautés européennes soutiennent que l'erreur d'interprétation la plus fondamentale du Groupe spécial a trait au concept de risque et d'évaluation des risques.³¹ Le terme "risque" ne signifie ni "préjudice" ni "effet négatif". Aux fins de l'*Accord SPS*, "risque" signifie dommage ou effet négatif potentiel et, par conséquent, la simple éventualité d'un risque est suffisante aux fins de l'article 5:1 et 2. Un risque évalué à 1 sur un million constitue une justification suffisante. S'il y a un effet négatif potentiel (aussi petit soit-il), il y a, selon les Communautés européennes, un risque. Le concept de risque dans l'*Accord SPS* est qualitatif et non quantitatif. Toute progression connue des cancers (sur le plan quantitatif ou qualitatif) doit être suffisante pour constituer un risque contre lequel les Membres de l'OMC sont habilités à protéger leur population.

30. Cinquièmement, les Communautés européennes contestent la constatation du Groupe spécial selon laquelle le problème du contrôle n'a pas à être pris en compte dans l'évaluation des risques³² ce qui est contraire au bon sens et au libellé exprès de l'article 5:2, comme le précise l'Annexe C de l'*Accord SPS*. Elles soulignent aussi que la condition "dans le respect des bonnes pratiques vétérinaires" fait partie de la recommandation du Codex et qu'un contrôle effectif est nécessaire pour assurer que les hormones incriminées sont administrées conformément à de bonnes pratiques. L'évaluation de tout risque potentiel découlant du non-respect des bonnes pratiques fait partie intégrante du processus d'évaluation des risques. En outre, c'est aux Communautés européennes, et non au Groupe spécial, de déterminer si les mesures de contrôle d'un Membre exportateur sont adéquates pour assurer le niveau de protection sanitaire approprié des CE. Le Groupe spécial n'a pas tenu compte des arguments des

³⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.117; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.120.

³¹Voir le paragraphe 8.124 du rapport du Groupe spécial Etats-Unis et le paragraphe 8.127 du rapport du Groupe spécial Canada.

³²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.146; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.149.

CE se rapportant aux difficultés pratiques et techniques que pose spécifiquement le contrôle des hormones en cause. Les Communautés européennes considèrent également que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en concluant qu'interdire l'utilisation d'une substance n'offre pas nécessairement une meilleure protection de la santé humaine que d'autres moyens visant simplement à réglementer cette utilisation.

31. Enfin, les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial a manifestement tort en constatant qu'une évaluation des risques doit être effectuée pour chaque substance.³³ Aucune disposition de l'*Accord SPS*, et en particulier pas l'article 5:1 et 2, n'exige qu'il soit procédé à une évaluation des risques "pour chaque substance". De l'avis des Communautés européennes, rien n'empêche d'évaluer des classes ou catégories de substances ensemble si cela se justifie d'un point de vue scientifique.

9. Article 5:5

32. Les Communautés européennes font valoir que le Groupe spécial a commis une erreur d'interprétation au sujet de l'article 5:5. S'agissant du premier élément, à savoir l'existence de différents niveaux de protection dans des situations différentes, le Groupe spécial a mal interprété l'article 5:5 en affirmant que les situations dans lesquelles il existe le même risque pour la santé ou qui se rapportent à la même substance sont des situations comparables aux fins de l'article 5:5.³⁴ Les Communautés européennes soutiennent qu'il n'est pas approprié de comparer le niveau de protection pour les hormones utilisées à des fins anabolisantes au niveau de protection se rapportant aux hormones présentes de manière naturelle. La science et les pratiques réglementaires des Membres ne traitent pas de la même façon les risques dus à l'intervention humaine, comme les risques découlant de l'utilisation d'hormones à des fins anabolisantes, et les risques naturels, comme ceux qui découlent de la présence d'hormones dans la viande, le lait, les choux ou les brocolis. L'*Accord SPS* ne s'applique qu'aux risques découlant de l'intervention humaine car les hormones présentes de manière naturelle dans la viande et les autres produits alimentaires ne sont pas des "contaminants ou toxines" au sens de l'*Accord SPS*. En outre,

³³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.257; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.260.

³⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.176; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.179.

les Communautés européennes soutiennent que, contrairement à ce que le Groupe spécial a constaté³⁵, il n'y a pas de différence, et surtout pas de différence importante, entre le niveau de protection communautaire contre les hormones présentes de manière naturelle et le niveau de protection contre les hormones ajoutées. Les mesures communautaires prévoient le même niveau de protection contre les hormones naturelles et les hormones ajoutées, à savoir le risque déterminé par la nature.

33. S'agissant du deuxième élément de l'article 5:5, à savoir le caractère arbitraire ou injustifiable des distinctions établies dans les niveaux de protection, les Communautés européennes allèguent que le Groupe spécial a supposé à tort que les seuls facteurs à prendre en compte pour déterminer ce qu'est une distinction arbitraire ou injustifiable sont les facteurs "scientifiques". D'autres facteurs, comme la perception par le public de ce qui est dangereux ou du niveau de risque acceptable et l'avantage qu'il y aurait le cas échéant à assumer un risque, doivent aussi entrer en ligne de compte. Par ailleurs, les Communautés prétendent que, contrairement à ce que le Groupe spécial a constaté³⁶, la distinction entre le niveau de protection adopté pour les hormones en cause lorsqu'elles sont utilisées à des fins anabolisantes et le niveau de protection adopté pour le cardabox et l'olaquinox n'est pas arbitraire ni injustifiable.

34. Pour ce qui est du troisième élément de l'article 5:5, à savoir la discrimination ou restriction déguisée au commerce international résultant de la distinction dans les niveaux de protection, les Communautés européennes contestent la constatation du Groupe spécial selon laquelle il suffisait de démontrer "l'ampleur de la différence entre ces niveaux conjuguée à son caractère arbitraire".³⁷ L'article 5:5 considère "une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international" qui en résulte comme un élément additionnel, qui s'ajoute aux distinctions arbitraires et injustifiables dans les niveaux de protection qu'un Membre juge appropriés. Les Communautés européennes estiment que l'approche suivie par l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*³⁸ ("*Japon - Boissons alcooliques*") et invoquée par le Groupe spécial dans la présente affaire ne s'applique pas au problème très différent qui se pose quand on détermine l'existence d'une discrimination (entre

³⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.191 et 8.212; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.194 et 8.215.

³⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.238; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.241.

³⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.184; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.187.

³⁸Rapport adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

des pays) et d'une restriction déguisée au commerce dans un régime réglementaire visant à protéger la santé humaine.

35. En outre, les Communautés européennes font valoir que l'article 5:5 doit être interprété conjointement avec l'article 2:3 de l'*Accord SPS*. Ainsi, le terme "discrimination" figurant à l'article 5:5 signifie "discrimination entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires". Le Groupe spécial n'a pas tenu compte de l'article 2:3 et a supposé qu'une discrimination pouvait exister entre des substances, des risques et des niveaux de protection. De l'avis des Communautés, cette hypothèse ne peut pas être correcte car, sinon, le terme "discrimination" n'ajouterait rien aux "distinctions arbitraires et injustifiables".

36. Les Communautés européennes soulignent qu'il n'y a pas d'interdiction d'importer de la viande de boeuf en tant que telle et que la restriction ne s'applique qu'aux produits non conformes. Cela est la conséquence inévitable de toute mesure SPS et ne peut pas suffire à établir l'existence d'une "restriction déguisée au commerce international". Elles continuent d'importer après l'interdiction la même quantité de viande qu'avant, et la prohibition des hormones à des fins anabolisantes n'a pas d'incidence sur les excédents de viande de boeuf. La suggestion du Groupe spécial, selon laquelle la réduction des excédents de viande de boeuf dans les Communautés européennes pourrait avoir été un motif secondaire est, quoiqu'il en soit, insuffisante pour établir l'existence d'une discrimination ou d'une restriction déguisée au commerce international envisagée à l'article 5:5. Enfin, selon les Communautés, ce n'est pas parce que 70 pour cent de la viande de boeuf produite aux Etats-Unis et au Canada provient d'animaux auxquels des hormones ont été administrées à des fins anabolisantes qu'il y a une restriction déguisée au commerce.

10. Questions de procédure

37. Les Communautés européennes affirment que plusieurs décisions en matière de procédure prises par le Groupe spécial sont inéquitables et doivent être réexaminées par l'Organe d'appel. Elles contestent l'avis du Groupe spécial selon lequel il ne devait examiner les objections des Communautés en matière de procédure uniquement lorsque celles-ci pouvaient "alléguer de façon précise" qu'il y avait eu atteinte à leurs droits.³⁹ Le Groupe spécial aurait dû se demander si ces décisions en matière de procédure étaient compatibles avec le Mémorandum d'accord, non pas si les Communautés pouvaient alléguer

³⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.14 et 8.15; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.18 et 8.19.

de façon précise qu'il y avait eu atteinte à leurs droits. Les Communautés européennes affirment que le Groupe spécial a commis une erreur de droit en matière de procédure en refusant d'accepter leurs évaluations scientifiques, en n'acceptant pas de créer un groupe consultatif d'experts, et en décidant lui-même d'une question scientifique au sujet de laquelle il n'avait pas de compétences. La décision du Groupe spécial de demander l'avis d'experts individuels⁴⁰ privait les Communautés des garanties en matière de procédure prévues en ce qui concerne les groupes consultatifs d'experts dans le Mémoire d'accord. En suivant cette procédure, le Groupe spécial s'était donné la possibilité de choisir librement entre différents avis scientifiques. Les Communautés soutiennent qu'en choisissant lui-même les experts scientifiques, le Groupe spécial avait agi en violation des articles 11 et 13:2 et de l'appendice 4 du Mémoire d'accord ainsi que de l'article 13:2 de l'*Accord SPS*. Elles contestent le choix de deux experts au motif que l'un était ressortissant d'une partie ou d'une tierce partie et avait des liens avec l'industrie pharmaceutique, tandis que l'autre était membre du groupe de la Commission du Codex/du JECFA qui avait élaboré le rapport sur l'utilisation des hormones en tant qu'activateurs de croissance et était le "rapporteur" de l'étude. En outre, selon les Communautés, ces deux experts n'étaient pas des spécialistes de ce domaine.

38. Les Communautés européennes font aussi valoir que le Groupe spécial a commis une erreur en refusant de demander que le Canada et les Etats-Unis fournissent les études sur lesquelles leurs autorités avaient fondé leur décision d'autoriser l'utilisation du MGA à des fins anabolisantes. A leur avis, le Groupe spécial se devait de procéder à une évaluation objective des faits et, en refusant de demander aux plaignants de produire les preuves sur lesquelles ils avaient fondé leurs propres décisions, il avait failli à ce devoir. En outre, l'article 18:2 du Mémoire d'accord prévoit des sauvegardes pour la protection des renseignements confidentiels. Ainsi, le caractère prétendument confidentiel des renseignements concernant le MGA n'aurait pas dû constituer un obstacle à sa communication et à son utilisation dans la procédure. Les Communautés européennes affirment également que le Groupe spécial a fondé la principale partie de son argumentation concernant l'article 5:5 de l'*Accord SPS* sur une allégation que les plaignants n'avaient *pas* formulée, à savoir qu'il y avait une différence de traitement entre les hormones naturelles et les hormones de synthèse ajoutées artificiellement, ou exogènes, lorsqu'elles sont utilisées à des fins anabolisantes et les hormones endogènes présentes de manière naturelle dans la viande et d'autres aliments non traités (par exemple lait, choux, brocolis ou oeufs). A leur avis, non seulement cette "allégation" est incorrecte en droit et en fait mais encore le Groupe spécial a agi en violation du Mémoire d'accord en faisant fond sur elle, en particulier

⁴⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.7; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.7.

du fait que les Etats-Unis avaient protesté expressément contre son utilisation par le Groupe spécial. Elles affirment que les groupes spéciaux ne sont pas habilités à faire des constatations qui vont au-delà de ce que les parties ont demandé.

39. Les Communautés européennes allèguent en outre que le Groupe spécial a pris plusieurs décisions accordant des "droits de tierce partie élargis" au Canada et aux Etats-Unis - et pas à d'autres tierces parties - qui ne se justifient pas au regard de l'article 9:3 et sont contraires aux articles 7:1 et 2, 18:2 et 10:3 du Mémorandum d'accord ainsi qu'au mandat du Groupe spécial. Ces décisions sont les suivantes: premièrement, donner au Canada accès à tous les renseignements présentés dans la procédure concernant les Etats-Unis; deuxièmement, donner aux Etats-Unis accès à tous les renseignements présentés dans la procédure concernant le Canada; troisièmement, tenir une réunion conjointe avec les experts scientifiques; et quatrièmement, inviter les Etats-Unis à assister en qualité d'observateur et à faire une déclaration à la deuxième réunion de fond dans la procédure engagée par le Canada.

B. *Arguments des Etats-Unis - Intimé*

1. Charge de la preuve

40. S'agissant de l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 3:3 de l'*Accord SPS*, les Etats-Unis se réfèrent au rapport de l'Organe d'appel concernant l'affaire *Etats-Unis - Chemises et blouses*⁴¹ et font valoir que, comme les articles XX et XI:2 c) i) du GATT de 1994, l'article 3:3 de l'*Accord SPS* n'est pas une règle positive imposant une obligation en soi. Il concerne par définition les moyens de défense affirmatifs, et le Groupe spécial a donc eu raison de constater que la charge de la preuve au titre de l'article 3:3 incombait à la partie défenderesse. Pour ce qui est de la charge de la preuve au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, les Etats-Unis soutiennent que, lorsqu'elles se plaignent que le Canada et les Etats-Unis n'aient pas communiqué leurs renseignements confidentiels au sujet du MGA, les Communautés européennes négligent le fait que le Groupe spécial devait déterminer si elles avaient fondé leur interdiction d'importer sur une évaluation des risques.

⁴¹Rapport adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 16 et 18.

2. Critère d'examen

41. Les Etats-Unis affirment que le critère d'examen fondé sur la "déférence raisonnable" préconisé par les Communautés européennes n'est pas étayé par une quelconque disposition du Mémorandum d'accord ou de l'*Accord SPS*. Ils font observer que, en vertu de l'article 5:1, le Groupe spécial devait déterminer si l'interdiction communautaire était établie "sur la base d'" une évaluation, selon qu'il serait approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé des personnes. Pour faire une telle détermination, un groupe spécial n'a pas à procéder à sa propre évaluation des risques ni à donner son propre jugement concernant les risques mais seulement à déterminer si la mesure est établie "sur la base d'" une évaluation des risques. En vertu de l'article 2:2, la question que doit se poser un groupe spécial n'est pas de savoir s'il serait arrivé à une conclusion différente "sur la base des" preuves, mais si les preuves scientifiques présentées par le Membre maintenant la mesure sont "suffisantes" pour servir de base à cette mesure. Les Etats-Unis estiment que, en ce sens, les Communautés européennes ont raison d'affirmer qu'un groupe spécial ne doit pas procéder à un examen *de novo* de la base scientifique sur laquelle repose la mesure.

42. Toutefois, les Etats-Unis font valoir qu'aucune disposition de l'*Accord SPS* ni de l'*Accord sur l'OMC* n'oblige un groupe spécial à déférer au Membre qui maintient la mesure SPS. Chargés d'examiner des mesures au titre de l'*Accord sur les textiles et les vêtements* ("ATV"), lequel, comme l'*Accord SPS*, ne prévoit pas de critère d'examen particulier, deux précédents groupes spéciaux ont constaté qu'il ne serait pas approprié d'appliquer un critère d'examen *de novo* ni d'accorder une déférence induite aux constatations administratives des autorités nationales.⁴² Les Etats-Unis soulignent que les rapports de groupes spéciaux du GATT cités par les Communautés européennes, qui ont trait à des différends en matière de droits antidumping et de droits compensateurs, ne confirment pas l'existence d'un critère d'examen fondé sur la déférence dans l'*Accord SPS*. Ces rapports avaient trait à des situations dans lesquelles les autorités nationales avaient pris des mesures antidumping ou compensatoires en application de législations et procédures nationales détaillées prescrites par l'*Accord du Tokyo Round relatif à la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* (le "Code antidumping du Tokyo Round"). D'après les Etats-Unis, la *Décision sur l'examen de l'article 17.6 de l'Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* montre que les Membres n'ont pas encore décidé si le critère d'examen énoncé

⁴² Les Etats-Unis font référence au rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Sous-vêtements*, adopté le 25 février 1997, WT/DS24/R; et au rapport du Groupe spécial *Etats-Unis - Chemises et blouses*, adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/R.

à l'article 17.6 de l'*Accord antidumping* est généralement applicable. Les Etats-Unis affirment que les Communautés européennes se trompent lorsqu'elles font valoir que ce critère d'examen s'applique à l'*Accord SPS*.

3. Le principe de précaution

43. De l'avis des Etats-Unis, l'allégation des Communautés européennes selon laquelle il existe un principe du droit international généralement accepté, que l'on peut appeler le "principe de précaution", est erronée du point de vue du droit international. Les Etats-Unis estiment que ce principe n'est pas un principe du droit coutumier international; on peut plutôt le qualifier d'"approche" - dont la teneur peut varier selon le contexte. L'*Accord SPS* admet certes une approche fondée sur la précaution; en effet, l'article 5:7 autorise l'adoption provisoire de mesures SPS même lorsque les preuves scientifiques pertinentes sont insuffisantes. Aussi les Etats-Unis estiment-ils qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer le "principe de la précaution" pour éviter des risques puisque l'*Accord SPS* reconnaît expressément que les Membres sont libres de déterminer leur niveau de protection sanitaire. Les Communautés européennes n'expliquent pas comment le "principe de précaution" affecte les prescriptions de l'*Accord SPS* selon lesquelles une mesure doit être établie "sur la base de" principes scientifiques et d'une évaluation des risques, et ne doit pas être maintenue sans preuves scientifiques suffisantes. Le recours des CE au "principe de précaution" ne peut pas créer une évaluation des risques lorsqu'il n'y en a pas, et un "principe" ne peut pas créer "des preuves scientifiques suffisantes" lorsqu'il n'y en a pas.

4. Evaluation objective des faits

44. Selon les Etats-Unis, les Communautés européennes demandent à tort à l'Organe d'appel d'examiner les constatations factuelles du Groupe spécial pour déterminer si elles sont "inadéquates" ou "pas objectives" et donc incompatibles avec l'article 11 du Mémoire d'accord. Les Etats-Unis affirment que, d'après l'article 17:6 du Mémoire d'accord, il est manifeste que l'Organe d'appel ne peut pas examiner les constatations factuelles. Par ailleurs, ils allèguent que les Communautés européennes n'ont pas démontré qu'il existait une influence induue ou un conflit d'intérêt qui pourrait justifier un examen de l'objectivité du Groupe spécial.

5. Application temporelle de l'Accord SPS

45. Les Etats-Unis allèguent que les Communautés européennes, qui prétendent que l'article 5:1 à 5 ne s'applique pas aux mesures SPS adoptées avant l'entrée en vigueur de l'Accord SPS ont mal lu cet accord. Il n'y a rien dans le texte, le contexte ou l'historique de la négociation de l'Accord SPS qui puisse étayer cette allégation. Si l'on acceptait la position des Communautés européennes, cela signifierait, de l'avis des Etats-Unis, qu'il existe une très large exception aux disciplines de l'Accord.

6. Article 3:1

46. D'après les Etats-Unis, étant donné que les mesures communautaires ne sont pas établies "sur la base" des normes du Codex, même si l'on se fonde sur le critère général proposé par les Communautés européennes, il n'est pas nécessaire que l'Organe d'appel examine la différence alléguée entre les mesures établies "sur la base de" normes internationales et les mesures qui sont "conformes à" des normes internationales. Les Etats-Unis reconnaissent que ces deux expressions sont utilisées à l'article 3:1 et à l'article 3:2 de l'Accord SPS mais il leur semble que la question de savoir si une éventuelle différence théorique entre elles a dans la pratique une signification quelconque devrait être examinée à une autre occasion.

7. Article 3:3

47. Les Etats-Unis estiment que les Communautés européennes ont tort de prétendre que leur interdiction n'a pas à être établie "sur la base" d'une évaluation des risques au titre de l'article 5:1 pour pouvoir être considérée, au titre de l'article 3:3, comme une mesure pour laquelle il est "scientifiquement justifié" de s'écarter d'une norme internationale. L'évaluation des risques comprend l'"examen et [l']évaluation des renseignements scientifiques disponibles" nécessaires, comme le prévoit la note de bas de page se rapportant à l'article 3:3. Les Communautés européennes n'expliquent pas pourquoi les "dispositions pertinentes" de l'Accord SPS, mentionnées dans cette note, n'englobent pas l'article 5:1. Le contexte de la note de bas de page relative à l'article 3:3 inclut la définition de l'évaluation des risques à l'Annexe A de l'Accord. D'après les Etats-Unis, le fait que l'article 5:1 et 2 a trait à la réalisation d'une évaluation des risques indique bien que cet article fait partie des "dispositions pertinentes" de l'Accord SPS aux fins d'application de cette note, et que la dernière phrase de l'article 3:3 lève tout soupçon quant à l'applicabilité de l'article 5:1.

8. Article 5:1

48. Les Etats-Unis soutiennent que la constatation du Groupe spécial selon laquelle il y a une "prescription de forme" inhérente à l'article 5:1 découle d'une simple lecture de l'article 5:1. Il serait difficile de voir comment une mesure est établie "sur la base" d'une évaluation des risques si le Membre n'est même pas au courant de l'existence de l'évaluation des risques ou n'a jamais pris en compte l'évaluation des risques lorsqu'il a adopté ou maintenu la mesure. Par ailleurs, on ne doit pas considérer que le rapport du Groupe spécial impose une prescription rigide, à laquelle il ne serait possible de satisfaire qu'en mentionnant l'évaluation des risques dans le préambule concernant la mesure. D'après les Etats-Unis, une telle référence est simplement un moyen de montrer qu'une évaluation des risques a été prise en compte.

49. D'après les Etats-Unis, le Groupe spécial a constaté à bon escient que, pour qu'une mesure puisse être établie "sur la base" d'une évaluation des risques, les principes scientifiques qui la sous-tendent doivent refléter les conclusions scientifiques auxquelles les scientifiques qui ont procédé à l'évaluation des risques sont arrivés. Les Etats-Unis soutiennent que les Communautés européennes n'ont, à aucun moment pendant la procédure du Groupe spécial, présenté une évaluation des risques identifiant un risque quelconque. Dans le cas de l'hormone MGA, il est encore plus évident que l'interdiction communautaire n'est pas établie "sur la base" d'une évaluation des risques.

50. S'agissant des problèmes que pose le contrôle de l'utilisation correcte des hormones, les Etats-Unis soutiennent que le Groupe spécial a correctement défini l'argument des Communautés européennes comme étant une déclaration d'ordre général selon laquelle il n'est jamais garanti qu'un système de lois soit respecté à 100 pour cent. Une telle préoccupation générale ne suffit pas à fonder l'interdiction des Communautés. Par ailleurs, il n'est pas prouvé que les hormones incriminées soient plus difficiles à contrôler que tout autre médicament vétérinaire (dont l'utilisation est autorisée), ou que le contrôle soit plus difficile dans le cadre d'un régime dans lequel les hormones sont autorisées à des fins anabolisantes à certaines conditions que dans le cadre d'un régime dans lequel elles sont interdites. Pendant l'audience, les Etats-Unis ont fait observer que les études scientifiques indiquaient que les hormones étaient sans danger lorsqu'elles étaient utilisées conformément aux bonnes pratiques. D'après eux, ces études ne traitent pas du point de savoir si les hormones incriminées présentent un danger lorsqu'elles ne sont pas utilisées conformément aux bonnes pratiques.

51. Pour ce qui est de savoir si une évaluation des risques distincte est nécessaire pour chaque substance, les Etats-Unis soutiennent que, en vertu de l'article 5:1, les Communautés européennes doivent établir leur interdiction concernant le MGA sur la base d'une "évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances, des risques pour la santé des personnes découlant de la présence de résidus de MGA dans la viande ...". Les Communautés européennes n'ont pas présenté une telle évaluation sur le MGA. Les études scientifiques auxquelles elles se sont référées traitent d'une catégorie générale de composés, du MGA en particulier.

9. Article 5:5

52. Les Etats-Unis approuvent la constatation selon laquelle la situation pour ce qui est du carbadox et la situation pour ce qui est des six hormones incriminées sont différentes mais peuvent néanmoins être comparées aux fins de l'article 5:5. Pour les Etats-Unis, le Groupe spécial a eu raison de constater que la distinction établie par les Communautés entre les niveaux de protection pour le carbadox et le niveau de protection pour les hormones en cause était arbitraire et constituait une restriction déguisée au commerce international. En arrivant à cette conclusion, le Groupe spécial a constaté que les hormones en cause, qui sont interdites dans les Communautés européennes, étaient utilisées à des fins anabolisantes dans le secteur de la viande bovine où les Communautés voulaient limiter l'offre et étaient visiblement moins préoccupées par leur compétitivité internationale, tandis que le carbadox, qui était autorisé dans les Communautés, était utilisé à des fins anabolisantes dans le secteur de la viande porcine où il n'y avait pas d'excédents communautaires et où leur compétitivité internationale revêtait un caractère prioritaire. Les Etats-Unis allèguent que cette question se rapporte aux constatations factuelles qui ne peuvent pas faire l'objet d'un examen par l'Organe d'appel.

10. Questions de procédure

53. Les Etats-Unis demandent à l'Organe d'appel de rejeter chacune des allégations en matière de procédure formulées par les Communautés européennes. Selon eux, l'appel sur ces points soulève une question déterminante, celle de savoir si les procédures utilisées par le Groupe spécial pendant ses travaux pouvaient être considérées comme des questions de droit couvertes par le rapport du Groupe spécial ou des interprétations du droit données par le Groupe spécial au sens de l'article 17:6 du Mémoire d'accord, et dans l'affirmative dans quelles conditions. Les Etats-Unis allèguent que les Communautés européennes n'ont mentionné aucun texte à l'appui de leurs arguments ni aucune pratique antérieure au titre du GATT de 1947 ou de l'Accord sur l'OMC. Ils affirment que, pour soutenir

que la façon dont un groupe spécial a traité les questions de procédure est incompatible avec le Mémoire d'accord, une partie à un différend doit avoir formulé des objections en temps opportun pendant la procédure du groupe spécial, si cela était possible. De l'avis des Etats-Unis, toute autre attitude à l'égard des objections en matière de procédure affaiblira le pouvoir des groupes spéciaux et déstabilisera le système de règlement des différends. Il serait aussi fondamentalement injuste d'autoriser une partie à attendre pour voir quel sera le résultat d'une procédure de groupe spécial et à ne formuler des objections en matière de procédure que lorsque le groupe spécial ne peut plus y répondre. Les Etats-Unis demandent instamment que les objections formulées par les Communautés européennes soient rejetées dans la mesure où elles n'ont pas été d'abord présentées au Groupe spécial.

54. S'agissant de l'objection formulée par les Communautés au sujet du choix des experts par le Groupe spécial, les Etats-Unis font observer que, pendant la procédure du Groupe spécial, les Communautés européennes ne se sont pas opposées à la participation de deux experts qui non seulement sont des ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne, mais également sont employés par des institutions de ces Etats membres. Quant à l'objection concernant les prétendus liens de l'un des experts avec l'industrie pharmaceutique, ils relèvent que les Communautés européennes n'ont pas soulevé la question de ces liens au moment où le Groupe spécial a mentionné le nom de cet expert, alors qu'elles avaient à l'époque fait part de préoccupations du même genre en ce qui concerne deux autres scientifiques proposés par le Groupe spécial.

55. S'agissant de la question de savoir si une objection en matière de procédure doit être fondée sur une "allégation précise" de l'existence d'un préjudice, les Etats-Unis estiment que, si un groupe spécial est manifestement tenu de suivre les règles pertinentes du Mémoire d'accord et des accords visés, une partie qui cherche à obtenir l'annulation ou la modification d'une décision en matière de procédure devrait se charger de présenter des preuves concrètes et des arguments juridiques à l'appui de son objection. Sinon, toute décision d'un groupe spécial en matière de procédure pourrait faire l'objet d'objections formulées sans raison spécifique.

56. Les Etats-Unis affirment que la décision du Groupe spécial de consulter des experts individuels au lieu de réunir un groupe consultatif d'experts, est compatible avec le Mémoire d'accord et l'Accord SPS. Les Communautés européennes reconnaissent elles-mêmes que l'article 13 du Mémoire d'accord et l'article 11:2 de l'Accord SPS sont des dispositions facultatives et non obligatoires. Les Etats-Unis allèguent que le Groupe spécial n'était pas tenu de convoquer un groupe consultatif d'experts, que ce soit au titre de l'article 13 du Mémoire d'accord ou au titre de

l'article 11:2 de l'*Accord SPS*. S'il en avait convoqué un, les règles et procédures de l'Appendice 4 du Mémoire d'accord auraient été applicables. Etant donné qu'il ne l'a pas fait, sa décision de ne pas suivre les règles et procédures de l'Appendice 4 est totalement compatible avec le Mémoire d'accord et reste dans les limites de ce que les groupes spéciaux peuvent décider en matière de procédure.

57. Les Etats-Unis soutiennent que l'harmonisation des deux procédures par le Groupe spécial n'a pas porté atteinte aux droits de défense des Communautés, le fait que les deux groupes spéciaux étaient composés des mêmes membres a donné aux Communautés un avantage au plan de la procédure. Selon les Etats-Unis, plutôt que d'avoir deux réunions avec chacun des deux groupes spéciaux, les Communautés ont pu avoir quatre séances avec le même groupe. Elles ont volontiers accepté que ce soit les mêmes membres qui siègent dans les deux procédures.

58. S'agissant de la question des droits de tierce partie élargis, les Etats-Unis soutiennent que les Communautés européennes n'ont pas présenté au Groupe spécial les objections détaillées qu'elles avaient formulées pour la première fois dans leur communication en tant qu'appelant. Si un groupe spécial accorde de tels droits dans un différend, il n'y a aucune raison pour qu'un autre groupe spécial ne puisse pas les accorder dans un autre différend.⁴³ Les Etats-Unis estiment qu'il y avait de bonnes raisons de leur accorder des droits de tierce partie élargis dans la procédure du Groupe spécial Canada. Les Etats-Unis affirment que les Communautés européennes se trompent lorsqu'elles supposent que le fait que le Groupe spécial a accordé des droits de tierce partie élargis a donné aux plaignants accès aux documents. Tant les Etats-Unis que les Communautés européennes ont rendu publics leurs communications et exposés au Groupe spécial dans la procédure du Groupe spécial Etats-Unis et par conséquent le Canada avait déjà accès à tous ces documents.

C. *Arguments du Canada - Intimé*

1. Charge de la preuve

59. Au sujet de l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'*Accord SPS* en général, le Canada relève que le Groupe spécial a adopté l'argumentation suivie par l'Organe d'appel dans l'affaire

⁴³Les Etats-Unis se réfèrent au rapport du Groupe spécial *Communautés européennes - Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, adopté le 25 septembre 1997 WT/DS27/R/USA, ("*Communautés européennes - Bananes*").

Etats-Unis - Chemises et blouses.⁴⁴ Pour ce qui est de l'attribution de la charge de la preuve au titre de l'article 3:3 de l'*Accord SPS*, il souligne que les constatations du Groupe spécial sont correctes, bien qu'il eût été plus exact de soutenir que "la charge de la preuve au titre de l'article 3:1 incombe à la partie défenderesse, qui doit montrer soit que la mesure incriminée est compatible avec l'obligation énoncée à l'article 3:1, soit invoquer l'exception au titre de l'article 3:1 et montrer qu'elle satisfait aux conditions voulues pour bénéficier de cette exception".⁴⁵ Si l'Organe d'appel infirme ou modifie les constatations du Groupe spécial sur la charge de la preuve, le Canada soutient que, quoi qu'il en soit, il a établi une présomption de violation. S'agissant de la charge de la preuve au titre de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, il estime qu'il a fourni suffisamment de preuves au sujet de l'interdiction d'importer de la viande traitée avec le MGA pour établir une présomption de violation.

2. Le principe de précaution

60. Le Groupe spécial n'a pas pris position sur la question de savoir si le "principe de précaution" faisait partie du droit international. De l'avis du Canada, il a reconnu que le "principe de précaution" était évoqué à l'article 5:7 de l'*Accord SPS* et a soutenu à juste titre qu'il ne pouvait pas l'emporter sur l'article 5:1 et 2, ni sur une autre disposition de l'*Accord SPS*. Le Canada considère également que la question de savoir si le "principe de précaution" est "incorporé" à d'autres dispositions de l'*Accord SPS* est hors de propos dans le présent appel. En outre, les Communautés européennes n'ont pas expliqué ce qu'elles voulaient dire lorsqu'elles affirmaient que le "principe de précaution" avait été "incorporé" à d'autres dispositions dudit accord, et comment cela pouvait d'une manière ou d'une autre affecter les conclusions du Groupe spécial. Le "principe de précaution" devait être défini comme une "approche fondée sur la précaution" parce qu'il ne faisait encore pas partie du droit international public. Le Canada considère que l'approche ou le concept de la précaution est un principe *émergent* du droit international, qui pourrait à l'avenir devenir l'un des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées", au sens de l'article 38 1) c) du *Statut de la Cour internationale de justice*.

3. Evaluation objective des faits

61. Le Canada soutient que de nombreuses allégations formulées par les Communautés européennes dans sa communication en tant qu'appelant sont présentées comme des allégations se rapportant à des

⁴⁴Rapport adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R.

⁴⁵Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 59.

erreurs de droit mais sont en réalité des allégations concernant des erreurs de fait. L'Organe d'appel a bien précisé dans son rapport sur l'affaire *Communautés européennes - Bananes*⁴⁶ qu'il ne pouvait pas, conformément à l'article 17:6 du Mémoire d'accord, examiner des constatations factuelles.

4. Application temporelle de l'Accord SPS

62. Le Canada fait valoir que la distinction établie par les Communautés européennes entre les dispositions de l'Accord SPS qui comprennent les termes "maintenir" ou "appliquer", et d'autres dans lesquelles ces termes ne figurent pas, n'a pas de fondement. Cette dichotomie signifierait que les mesures qui existaient le 1er janvier 1995 sont indéfiniment exemptées des disciplines de l'article 5:1 et 5, mais il est très difficile de croire que telle était l'intention des Membres. D'autres accords visés contiennent des dispositions spécifiques traitant de questions temporelles; par conséquent, la non-application des dispositions de l'Accord SPS, par exemple l'article 5:1 et 5, aurait été expressément prévue dans le texte dudit accord. Quoi qu'il en soit, les mesures communautaires en cause dans ce différend comprennent les mesures visées par les Directives 96/22/CE et 96/23/CE qui ont été adoptées avant que l'Accord sur l'OMC soit entré en vigueur.

5. Article 3:1

63. Le Canada soutient que l'argument des CE selon lequel l'article 3:1 n'énonce pas une "obligation générale", mais décrit l'une des trois options offertes aux Membres lorsqu'il existe des recommandations du Codex, est incorrect. L'article 3:1 énonce une obligation positive, en vertu de laquelle les Membres sont tenus d'établir leurs mesures SPS sur la base de normes, directives ou recommandations internationales. Cet article ne décrit pas trois options. Si les rédacteurs de l'Accord avaient voulu lui donner ce sens, ils l'auraient dit. Le Canada appuie la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les expressions "conforme à" et "sur la base de" ont le même sens. Même si l'Organe d'appel accepte de considérer que l'expression "conforme à" a une portée plus limitée que l'expression "sur la base de", l'article 3:1 ne présente pas de deuxième "option", comme le prétendent les Communautés européennes. Une mesure qui est "conforme à" une norme internationale serait aussi établie "sur la base de" cette norme.

⁴⁶Rapport adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/AB/R.

6. Article 3:3

64. L'élément-clé de la note de bas de page relative à l'article 3:3 est que celle-ci exige un examen et une évaluation des renseignements scientifiques disponibles. Etant donné que l'*Accord SPS* définit une évaluation des risques comme "l'évaluation ... des risques pour la santé ... des personnes ...", l'"examen et [l']évaluation des renseignements scientifiques" mentionnés dans cette note désignent une évaluation des risques. De l'avis du Canada, un Membre ne peut pas déterminer que les normes internationales pertinentes ne sont pas suffisantes pour obtenir le niveau de protection sanitaire approprié, à moins qu'il ne procède à une évaluation du risque, compte tenu des preuves scientifiques disponibles.

7. Article 5:1

65. Le Canada estime que l'interprétation de l'article 5:1 donnée par le Groupe spécial est conforme au sens ordinaire des mots replacés dans leur contexte. Si une mesure est "fondée sur" une évaluation des risques, il doit y avoir des preuves que la mesure a été établie sur cette base. Une telle prescription ne reviendrait pas à "geler l'acquis scientifique", puisque le Groupe spécial a précisé qu'il cherchait la preuve qu'une évaluation des risques avait été prise en compte lorsque les mesures communautaires avaient été établies *ou à n'importe quel moment par la suite*. De l'avis du Canada, l'interprétation donnée par le Groupe spécial de l'article 5 est bonne et est conforme aux obligations fondamentales énoncées à l'article 2:2, qui veut qu'une mesure ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes. Si les conclusions scientifiques sur lesquelles reposent les mesures de la CE ne sont conformes à aucune de celles auxquelles ont abouti les évaluations des risques, le fondement scientifique de la mesure ne vient donc manifestement pas de ces évaluations.

66. Le Canada soutient que, lorsqu'elles définissent ce qu'est une évaluation des risques, les Communautés européennes se concentrent sur le mot "risque" sans tenir compte du mot "évaluation". Elles se sont donc contentées en l'occurrence d'identifier le risque sans procéder à l'évaluation du risque.

67. Pendant l'audience, lorsqu'il lui a été demandé s'il était nécessaire de procéder à une analyse des risques distincte pour chaque substance, le Canada a admis que l'on pouvait utiliser les caractéristiques des familles de produits chimiques comme point de départ pour étudier si un produit pouvait présenter un risque, mais il est ensuite nécessaire de procéder à une évaluation globale du produit chimique visé pour déterminer s'il est en fait dangereux.

8. Article 5:5

68. D'après le Canada, le champ des "situations différentes" mentionnées à l'article 5:5 est au moins aussi large que ce que le Groupe spécial a constaté. Le champ limité suggéré par les Communautés va à l'encontre de ce que signifie généralement l'expression "situations différentes". Le Canada affirme aussi que, compte tenu de l'objet et du but de l'*Accord SPS* et du contexte de l'article 5:5, il n'y a aucune raison de limiter le champ de la comparaison entre les niveaux de protection de la santé des personnes. A son avis, le Groupe spécial a constaté à juste titre que les Communautés européennes n'avaient pas justifié les distinctions qu'elles avaient établies dans leurs prétendus niveaux de protection. Il n'a pas limité l'éventail des facteurs à prendre en considération; il a examiné tous les arguments des Communautés européennes mais les a trouvés insuffisants. Le Canada conteste l'argument des Communautés européennes selon lequel l'importance de la différence entre les niveaux de protection n'est pas une indication de l'importance des effets sur le commerce. Aucune mesure ne pourrait être plus restrictive pour les échanges qu'une interdiction d'importer.

9. Questions de procédure

69. Le Canada soutient que toutes les décisions du Groupe spécial en matière de procédure étaient équitables pour toutes les parties, qu'elles ne se sont traduites par aucun préjudice ni aucune injustice et qu'elles n'allaient pas au-delà de ce que le Groupe spécial pouvait et devait faire. En particulier, il estime que le Groupe spécial a agi dans les limites de son mandat en établissant des comparaisons et des constatations au sujet des niveaux de protection concernant les hormones naturelles endogènes, même si ni le Canada ni les Etats-Unis n'avaient eux-mêmes avancé ces arguments au sujet de l'article 5:5 de l'*Accord SPS*. L'article 11 du Mémoire d'accord ne limite pas le mandat du Groupe spécial en l'obligeant à n'utiliser que les arguments présentés par les parties. Rien n'empêche un groupe spécial de formuler une constatation objective qui ne correspond à l'argumentation d'aucune des parties.

70. Au sujet de la décision du Groupe spécial de consulter des experts à titre individuel plutôt qu'un groupe consultatif d'experts, le Canada estime que le processus choisi par le Groupe spécial a permis de faire en sorte que tous les avis des experts qui le conseillaient soient portés à son attention. Loin de porter préjudice aux Communautés européennes, ce processus leur a donné la possibilité d'obtenir des preuves à l'appui de leurs arguments de tous les experts conseillant le Groupe spécial. L'article 11:2 de l'*Accord SPS* prévoit que, dans les différends soulevant des questions scientifiques ou techniques, un groupe spécial devrait demander l'avis d'experts choisis par lui en consultation avec les parties aux

différents, mais il n'exige pas du groupe spécial qu'il accepte tous les avis des experts sans examen. Le Canada pense que, au contraire, le Groupe spécial n'était pas habilité à déléguer ainsi aux experts sa mission d'établissement des faits.

71. Le Canada soutient également que l'objection des Communautés européennes quant à la nationalité des experts choisis pour aider le Groupe spécial est infondée. Il ne lui semble pas que les Communautés aient soulevé une telle objection pendant que le Groupe spécial choisissait les experts. A son avis, en suggérant le nom d'un expert qui était ressortissant de l'un de leurs Etats membres, les Communautés européennes ont abandonné leur droit de s'opposer au choix de tous les autres scientifiques pour des raisons de nationalité. En prenant ses décisions au sujet des "droits de tierce partie élargie", le Groupe spécial a exercé à bon escient son pouvoir discrétionnaire et ces décisions ne sont pas incompatibles avec le Mémorandum d'accord. Les Communautés européennes ont fait référence aux documents qu'elles avaient communiqués au Groupe spécial Etats-Unis, mais elles n'avaient pas fourni ces documents dans la procédure du Groupe spécial Canada. Ainsi, d'après le Canada, loin de porter préjudice aux Communautés, le Groupe spécial avait fait en sorte que toutes les communications qu'elles avaient présentées au Groupe spécial Etats-Unis soient examinées par le Groupe spécial Canada. Le Canada soutient que le Groupe spécial était également libre de convoquer les experts à une réunion conjointe, comme il avait décidé de le faire. Les Communautés n'avaient pas pu démontrer qu'elles avaient subi un préjudice substantiel par suite de cette décision. De l'avis du Canada, conformément à l'article 11 de l'*Accord SPS*, le Groupe spécial était en droit de demander conseil aux experts choisis par lui en consultation avec les parties, mais il n'était nullement tenu de convoquer une réunion avec les experts, individuellement ou ensemble.

D. *Allégations d'erreur formulées par les Etats-Unis - Appelant*

1. Article 2:2

72. En tant qu'appelant, les Etats-Unis soutiennent que le Groupe spécial a commis une erreur parce que, après avoir formulé toutes les constatations nécessaires pour juger la mesure communautaire incompatible avec l'article 2:2, il n'a pas fait le dernier pas et déclaré l'interdiction d'importer incompatible avec l'article 2:2.⁴⁷ Celui-ci exige des Communautés européennes qu'elles aient des preuves scientifiques suffisantes pour étayer leur mesure. Etant donné que le Groupe spécial a méthodiquement

⁴⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.271.

dressé la liste de toutes les preuves scientifiques présentées par les Communautés et procédé à leur examen, et que pour chacune il a constaté de manière factuelle que cette preuve n'était pas la mesure communautaire, les Etats-Unis estiment qu'il aurait dû arriver à la conclusion juridique que l'interdiction d'importer des CE était maintenue sans preuves scientifiques suffisantes. De l'avis des Etats-Unis, il n'était pas nécessaire que le Groupe spécial détermine exactement ce que sont des preuves scientifiques "suffisantes" aux fins de l'article 2:2. Le Groupe spécial a constaté que les Communautés européennes n'avaient pas présenté de preuves à l'appui de leur interdiction; on ne peut pas considérer qu'il ait satisfait au critère des "preuves suffisantes" quand il n'y a "pas de preuve".

73. En expliquant pourquoi il n'a pas fait de constatation au titre de l'article 2:2, le Groupe spécial a dit que les articles 3 et 5 prévoient des obligations plus spécifiques que les "droits et obligations fondamentaux" énoncés à l'article 2. D'après les Etats-Unis, les articles 3 et 5 de l'*Accord SPS* ne prévoient pas nécessairement des droits et obligations plus spécifiques que tous les "droits et obligations fondamentaux" énoncés à l'article 2. Ni l'article 3 ni l'article 5 n'indiquent quelle quantité de preuves il faut pour justifier une mesure SPS. L'article 2:2 détermine cette quantité de preuves en disposant que les mesures ne doivent pas être maintenues "sans preuves scientifiques suffisantes". Les Etats-Unis soutiennent par conséquent qu'aucune disposition des articles 2, 3 ou 5 n'indique que toutes les obligations énoncées à l'article 2 sont incluses dans les dispositions des articles 3 et 5.

2. Article 5:6

74. Les Etats-Unis allèguent que le Groupe spécial a commis une erreur⁴⁸ en ne faisant pas de constatation au titre de l'article 5:6 de l'*Accord SPS* et que ses constatations au sujet de l'article 5:5 sont suffisantes pour établir que l'interdiction communautaire est incompatible avec l'article 5:6 dudit accord. Ils relèvent que les Communautés européennes interdisent l'utilisation des hormones naturelles à des fins anabolisantes, alors qu'elles n'imposent pas de limites pour les résidus de ces mêmes substances lorsque celles-ci sont présentes de façon naturelle ou utilisées à des fins thérapeutiques ou zootechniques. Pour les Etats-Unis, étant donné que les Communautés européennes acceptent les résidus de ces hormones présentes de façon naturelle dans la viande, qu'elles considèrent sans danger, l'interdiction qu'elles ont mise en place est donc plus restrictive pour les échanges qu'il n'est nécessaire.

⁴⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.247.

75. Les Etats-Unis relèvent également que les Communautés européennes interdisent l'utilisation des trois hormones de synthèse en cause, alors qu'elles autorisent l'utilisation d'hormones similaires (les trois hormones naturelles) à des fins thérapeutiques et zootechniques, ainsi que l'utilisation du carbadox, autre composé de synthèse, à des fins anabolisantes. A leur avis, les Communautés européennes ont, pour chacune des six hormones utilisées à des fins anabolisantes, choisi l'approche la plus restrictive pour le commerce (une interdiction frappant les échanges). Les Etats-Unis font valoir que les Communautés pourraient autoriser, pour les hormones utilisées à des fins anabolisantes, le même niveau de résidus que celui qu'elles autorisent pour les hormones utilisées à d'autres fins et continuer d'assurer leur niveau de protection. Le fait que les Communautés européennes autorisent ces niveaux pour les hormones utilisées à d'autres fins prouve qu'elles auraient pu raisonnablement traiter de la même façon les résidus de substances utilisées à des fins anabolisantes et que cela est techniquement et économiquement possible. Il aurait été beaucoup moins restrictif pour les échanges d'autoriser ces niveaux dans le cas des hormones utilisées à des fins anabolisantes que de mettre en place cette interdiction.

76. Le Groupe spécial a constaté qu' "il n'existe aucune preuve scientifique qui permette de conclure que l'utilisation de l'une ou l'autre des hormones en cause à des fins anabolisantes conformément aux bonnes pratiques constitue un risque identifiable".⁴⁹ De l'avis des Etats-Unis, cette constatation est suffisante en soi pour établir que l'interdiction communautaire est incompatible avec l'article 5:6. Si l'utilisation de ces hormones à des fins anabolisantes conformément aux bonnes pratiques ne comporte pas de risque identifiable, l'interdiction communautaire ne peut pas être nécessaire pour assurer un niveau de protection contre un risque identifié. Par définition, l'interdiction est donc plus restrictive pour les échanges qu'il n'est nécessaire pour permettre aux Communautés européennes d'obtenir le niveau de protection sanitaire approprié.

E. *Allégations d'erreur formulées par le Canada - Appelant*

1. Article 5:6

77. Le Canada indique que, s'il a interjeté appel, c'est pour préserver son droit de faire fond sur les arguments qu'il a présentés au Groupe spécial en ce qui concerne l'article 5:6, au cas où l'Organe d'appel déciderait de modifier ou d'infirmer les constatations du Groupe spécial se rapportant aux

⁴⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.134.

articles 3:1, 5:1 ou 5:5 de l'*Accord SPS*. Il affirme que les mesures communautaires sont incompatibles avec l'article 5:6 dudit accord. Il soutient que, d'après le libellé du paragraphe 5 de l'Annexe A, l'article 5 et l'objet et le but de l'*Accord SPS*, sans preuve scientifique de l'existence d'un risque identifiable, il n'existe pas de base sur laquelle se fonder pour adopter une mesure visant à assurer un niveau de protection sanitaire au titre de l'*Accord SPS*, si ce n'est en application des dispositions de l'article 5:7.

78. De l'avis du Canada, si un Membre pouvait adopter un niveau de protection et mettre en oeuvre une mesure sanitaire même sans fournir de preuve scientifique de l'existence d'un risque identifiable, il ne serait pas possible de donner effet à l'obligation énoncée à l'article 5 selon laquelle les mesures doivent être établies sur la base d'une évaluation des risques. Cette approche porterait atteinte au libellé et à l'objet et au but de l'*Accord SPS*. Le Canada relève que le Groupe spécial a constaté que les Communautés européennes n'avaient pas fourni de preuve scientifique permettant de conclure que les hormones en cause présentaient un risque identifiable lorsqu'elles étaient utilisées à des fins anabolisantes conformément aux bonnes pratiques.⁵⁰ S'il n'y a pas de preuve scientifique de l'existence d'un risque identifiable, et donc pas de base sur laquelle se fonder pour adopter une mesure visant à assurer un niveau de protection sanitaire au titre de l'*Accord SPS*, à l'exclusion de l'article 5:7, par définition, aucune mesure SPS ne pourrait être adoptée qui ne serait pas plus restrictive pour les échanges qu'il n'est nécessaire. De l'avis du Canada, si l'on applique les constatations du Groupe spécial au sujet des six hormones en cause aux prescriptions de l'article 5:6, on peut conclure que les mesures communautaires sont plus restrictives pour les échanges qu'il n'est nécessaire et incompatibles avec l'article 5:6.

F. *Arguments des Communautés européennes - Intimé*

1. Article 2:2

79. Les Communautés européennes se demandent si la déclaration du Groupe spécial concernant l'article 2:2 est une question de droit couverte par le rapport du Groupe spécial ou une interprétation du droit donnée par le Groupe spécial au sens de l'article 17:6 du Mémorandum d'accord. Bien que le Groupe spécial ait refusé de statuer sur l'article 2:2 en raison d'une interprétation du droit à laquelle il était arrivé en ce qui concerne le rapport entre les articles 2 et 5 de l'*Accord SPS*, ce refus exclut

⁵⁰Rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.165 et 8.264.

la déclaration du champ de l'examen en appel. Le Groupe spécial n'a pas traité les prescriptions de fond de l'article 2:2, et n'a pas fait les constatations nécessaires sur le point de savoir si les preuves scientifiques présentées par les Communautés européennes sont suffisantes. Les Communautés conviennent avec les Etats-Unis qu'aucune disposition des articles 2, 3 et 5 de l'*Accord SPS* n'indique que toutes les obligations énoncées à l'article 2 sont incorporées aux dispositions des articles 3 et 5. Du point de vue des faits, de la forme et du fond, les questions qui doivent être considérées au titre de l'article 2:2 sont différentes de celles qui ont été examinées par le Groupe spécial au titre des articles 3:1, et 5:1, 2 et 5 de l'*Accord SPS*. Pour les Communautés européennes, il apparaît qu'il n'y a pas de "base suffisante" dans le rapport du Groupe spécial pour permettre à l'Organe d'appel de statuer sur les allégations des Etats-Unis se rapportant à l'article 2:2. En outre, les Etats-Unis fondent leurs allégations sur certains paragraphes du rapport du Groupe spécial qui reposent sur une mauvaise compréhension ou une distorsion manifestes des faits, ou sur une argumentation inadéquate du Groupe spécial, comme les Communautés l'ont expliqué dans leur propre appel.

80. Les Communautés européennes estiment que, si l'Organe d'appel examine l'applicabilité de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*, il doit aussi examiner l'applicabilité de l'article 5:7, qui est expressément mentionné à l'article 2:2. Elles pensent que leurs mesures sont compatibles avec l'article 2:2 dudit accord.

81. Les Communautés européennes relèvent que, dans leur appel, les Etats-Unis ne traitent pas du point de savoir ce que sont des preuves scientifiques "suffisantes". Etant donné que les concepts de "risque" et d'"évaluation des risques" figurant dans l'*Accord SPS* ne sont pas quantitatifs mais qualitatifs, on ne peut pas dire que le mot "suffisantes" se rapporte aux aspects quantitatifs des preuves scientifiques utilisées par les autorités réglementaires d'un Membre; il a trait aux aspects qualitatifs. L'utilisation de l'expression "principes scientifiques" dans le même article confirme que l'article 2:2 et l'*Accord SPS* d'une manière générale n'exigent pas que les mesures sanitaires soient établies "sur la base" des "meilleures" preuves scientifiques ou du "poids" des preuves scientifiques disponibles. Les Communautés soutiennent donc que la vraie question n'est pas de savoir si la mesure sanitaire est établie "sur la base" des "meilleures" données scientifiques ou de la "prépondérance" des données scientifiques ou s'il existe des données scientifiques contradictoires. Il s'agit uniquement de savoir si le gouvernement qui maintient une mesure a une base scientifique pour le faire.

2. Article 5:6

82. Les Communautés européennes se demandent également si les déclarations du Groupe spécial concernant l'article 5:6 sont une question de droit couverte par le rapport du Groupe spécial ou une interprétation du droit donnée par le Groupe spécial, aux fins de l'article 17:6 du Mémoire d'accord. Bien que le refus du Groupe spécial de statuer sur l'article 5:6 repose sur un certain avis du Groupe spécial concernant le rapport entre les articles 2 et 5 de l'*Accord SPS*, ce refus exclut la question du champ de l'examen en appel. Les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial n'a pas appliqué les prescriptions de fond de l'article 5:6 et n'a pas fait les constatations factuelles nécessaires, à savoir premièrement, que les mesures communautaires sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour obtenir le niveau de protection des CE; deuxièmement, qu'il existe une autre mesure raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique; et troisièmement, que cette autre mesure permet d'obtenir le niveau de protection sanitaire des CE et est beaucoup moins restrictive pour le commerce. Enfin, les Communautés font valoir que le Canada et les Etats-Unis fondent leurs allégations sur certains paragraphes du rapport du Groupe spécial qui reposent sur une mauvaise compréhension ou une distorsion manifestes des faits, ou sur une argumentation inadéquate du Groupe spécial, comme les Communautés européennes l'ont expliqué dans leur appel.

83. Les Communautés européennes sont convaincues que leurs mesures sont compatibles avec l'article 5:6 de l'*Accord SPS*. Selon elles, l'objectif est de faire en sorte que les consommateurs ne soient pas exposés à des résidus d'hormones utilisés à des fins anabolisantes. Elles reconnaissent que certaines hormones sont présentes de façon naturelle et ne peuvent pas être évitées. Elles reconnaissent aussi que certaines hormones sont administrées au bétail à des fins thérapeutiques et zootechniques, lesquelles sont inévitables et bénéfiques. Toutefois, elles ont décidé qu'il fallait éviter d'exposer leur population aux hormones dépassant ce niveau et, en particulier, qu'il devrait y avoir un niveau de tolérance de zéro pour les hormones utilisées à des fins anabolisantes.

84. Les Communautés européennes ont envisagé d'autres solutions que l'interdiction d'importer de la viande bovine contenant des résidus d'hormones administrés à des fins anabolisantes: premièrement, l'application de limites maximales de résidus ("LMR") à cette viande; deuxièmement, l'application de certaines formes de contrôle à toutes les importations de viande pour déterminer si des hormones avaient été administrées à des fins anabolisantes; et troisièmement, la possibilité de demander aux exportateurs d'étiqueter leur viande pour indiquer si des hormones avaient été administrées aux animaux

à des fins anabolisantes. Selon elles toutefois, aucune de ces autres mesures ne permettrait d'obtenir le niveau de protection spécifié.

G. *Arguments des participants tiers*

1. Australie

85. L'Australie estime que le Groupe spécial a commis une erreur de droit dans les interprétations générales qu'il a données de la charge de la preuve au titre de l'*Accord SPS*⁵¹, et appuie les arguments présentés par les Communautés européennes. Toutefois, elle soutient également que les paragraphes 8.54 et 8.58 du rapport du Groupe spécial Canada et 8.51 et 8.55 du rapport du Groupe spécial Etats-Unis contiennent des interprétations correctes de la charge de la preuve et que le Groupe spécial a, d'une manière générale, suivi ces interprétations dans son argumentation et ses constatations juridiques.

86. L'Australie appuie par ailleurs la conclusion à laquelle le Groupe spécial est arrivé au sujet de l'application temporelle de l'*Accord SPS*. En même temps, elle reconnaît les préoccupations des Communautés européennes et elle convient qu'il n'y a dans l'*Accord SPS* aucune disposition qui pourrait être interprétée comme signifiant que des mesures déjà en place au moment où l'*Accord SPS* est entré en vigueur sont nécessairement incompatibles, simplement parce qu'il pourrait ne pas avoir été satisfait aux obligations préparatoires et procédurales énoncées à l'article 5. Par ailleurs, elle admet qu'il n'y a aucune disposition dans l'*Accord SPS* qui donne à penser que ces mesures peuvent être exemptées de l'application de dispositions-clés, comme l'article 5:1 et 2.

87. L'interprétation du Groupe spécial selon laquelle l'*Accord SPS* donne des sens équivalents aux expressions "conforme à" et "sur la base de" ne tient pas compte, d'après l'Australie, du sens ordinaire de ces expressions dans leur contexte et ne donne pas effet à tous les termes de l'*Accord SPS*. Le Groupe spécial n'a pas pris en considération un fait important, à savoir que l'*Accord SPS* utilise l'expression "conforme à" tant à l'article 3:2 qu'à l'article 2:4, c'est-à-dire dans les deux cas où des présomptions réfutables sont établies de la compatibilité de certaines mesures avec ledit accord et/ou avec le GATT de 1994. L'Australie estime que ce n'est que cas par cas qu'il est possible de déterminer si une mesure donnée est établie "sur la base d'" une norme internationale ou "est conforme à" cette norme.

⁵¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.52 à 8.54; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.55 à 8.57.

88. Le Groupe spécial ne donne pas effet à tous les termes de l'*Accord SPS* étant donné sa façon de traiter les deux options prévues à l'article 3:3. D'après l'Australie, il n'a pas tenu compte des différences qui existent dans le libellé de ces deux options, ni du fait qu'elles sont expressément identifiées comme les deux éléments d'une proposition en raison de l'utilisation du terme "ou" à l'article 3:3. Par suite de cette interprétation, le Groupe spécial a conclu que les deux options signifiaient qu'une mesure ne pouvait se justifier au titre de l'article 3:3 que si elle satisfaisait aux prescriptions énoncées à l'article 5. De l'avis de l'Australie, la détermination d'un Membre au titre de la première de ces options doit certes être établie "sur la base d'" un examen et d'une évaluation des renseignements scientifiques disponibles "conformément aux" dispositions pertinentes de l'*Accord SPS*, mais il demeure qu'il existe une distinction importante entre les deux options que le Groupe spécial n'a pas reconnue.

89. L'Australie juge aussi erronée l'interprétation donnée par le Groupe spécial du terme "risque", et en particulier son utilisation de l'expression "risque identifiable", qui n'a aucun fondement dans le texte de l'*Accord*. Ce que le Groupe spécial devait déterminer au titre de l'article 5:1 et 2, c'était si la mesure communautaire était établie "sur la base d'" une évaluation des risques, et pas s'il y avait un "risque identifiable".

90. Pour ce qui est de savoir s'il faut une évaluation des risques distincte pour chaque substance, l'Australie appelle l'attention en particulier sur le libellé de l'article 5:1, qui prévoit une évaluation des risques "selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances". Par ce membre de phrase, il est expressément reconnu que ce que l'on entend par une évaluation des risques appropriée peut varier selon le cas. De l'avis de l'Australie, il faudrait donc déterminer cas par cas si une évaluation des risques est requise pour une substance donnée. Le Groupe spécial a reconnu que, pour constater qu'une mesure SPS était incompatible avec l'article 5:5, il fallait que tous les éléments prévus dans cette disposition soient présents⁵² mais, pour l'Australie, il n'en a pas moins donné trop de poids à l'importance de la distinction dans les niveaux de protection. La référence au Rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon - Boissons alcooliques*⁵³ en relation avec les prescriptions de l'article III:2 du GATT de 1994 était trompeuse et inappropriée.

⁵²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.174; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.177.

⁵³Rapport adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

91. Bien que l'Australie pense comme les Etats-Unis que les mesures communautaires sont incompatibles avec l'article 2:2 de l'*Accord SPS*, elle estime qu'il n'était pas nécessaire que le Groupe spécial fasse une telle constatation.

2. Nouvelle-Zélande

92. La Nouvelle-Zélande se reporte à la communication qu'elle a présentée au Groupe spécial au sujet des articles 2:2 et 5:6 en tant que tierce partie. Elle soutient que, puisque le Groupe spécial a constaté qu'il n'y avait pas de preuve scientifique indiquant que l'utilisation de l'une quelconque des hormones en cause à des fins anabolisantes conformément aux bonnes pratiques entraînait un risque identifiable, l'Organe d'appel devrait examiner l'applicabilité des articles 2:2 et 5:6 de l'*Accord SPS* à l'interdiction d'importer.

3. Norvège

93. La Norvège souligne que l'*Accord SPS* n'énonce pas d'obligation en ce qui concerne l'harmonisation des divers niveaux de protection. Le droit de chaque Membre de fixer son propre niveau de protection est, d'après la Norvège, un droit inhérent qui a toujours été accepté par le GATT et qui l'est maintenant par l'*Accord sur l'OMC*. D'après la Norvège, les Membres ont le choix entre plusieurs solutions lorsqu'ils décident du niveau de protection approprié. Ils peuvent décider d'adopter une approche plus ou moins sévère. Un Membre A peut décider d'avoir une tolérance (proche) de zéro pour ce qui est des décès liés à l'utilisation de certaines substances, alors qu'un Membre B accepte un décès par million et par an. Il incombe entièrement au Membre A et au Membre B de décider. Lorsque, ensuite, chaque Membre choisit la mesure qui convient pour obtenir son niveau de protection, il faut que cette mesure soit conforme aux obligations fondamentales énoncées aux articles 2, 3 et 5 de l'*Accord SPS*. Pour autant que l'existence d'un risque est établie, l'OMC ne se préoccupe que de la justification de la mesure que le Membre choisit d'appliquer pour obtenir le niveau de protection qu'il juge approprié. D'après la Norvège, ce Membre n'est pas tenu d'arriver aux mêmes conclusions au sujet de l'évaluation des preuves scientifiques disponibles que d'autres Membres ou que les organisations internationales.

94. S'agissant de la charge de la preuve, la Norvège fait valoir que le Groupe spécial a commis une erreur lorsqu'il a décrit l'article 3:1 comme une règle générale, imposant aux Membres l'obligation d'harmoniser leurs mesures SPS. L'article 3:1 dispose expressément que l'harmonisation est simplement

un objectif ou une option, comme en témoigne l'expression "le plus largement possible". Les "exceptions" à cet objectif ne sont pas limitées aux situations visées par l'article 3:3. Il y en a d'autres comme le montre le membre de phrase "... sauf disposition contraire du présent accord, et en particulier les dispositions du paragraphe 3". La Norvège allègue que, au lieu de définir un paragraphe de l'article 3 comme une règle générale et les autres comme des exceptions, le Groupe spécial aurait dû lire cet article dans le contexte de l'article 2:2 et 3. A son avis, lorsque la mesure SPS est identique pour les produits d'origine nationale et pour les produits importés, la règle générale - comme c'est le cas pour toutes les obligations - est que le plaignant doit présenter une présomption de violation. La prescription énoncée à l'article 2:2, selon laquelle les mesures doivent être "nécessaires", ne modifie pas ce qui vient d'être dit. Les mesures SPS ne sont pas des mesures exceptionnelles, et c'est au premier chef au plaignant qu'il incombe de prouver que la mesure n'est pas nécessaire.

95. S'agissant de l'article 5:5, la Norvège soutient que c'est le niveau de protection qui est en cause, plutôt que la mesure, qui doit être "conforme à" d'autres parties de l'*Accord SPS*. C'est au plaignant de prouver qu'une décision concernant différents niveaux de protection est contraire à l'article 5:5.

III. Questions soulevées dans le présent appel

96. Le présent appel soulève les questions de droit suivantes, à savoir:

- a) Si le Groupe spécial a attribué correctement la charge de la preuve en l'espèce;
- b) Si le Groupe spécial a appliqué le critère d'examen approprié en vertu de l'*Accord SPS*;
- c) Si, ou dans quelle mesure, le principe de précaution est pertinent pour l'interprétation de l'*Accord SPS*;
- d) Si les dispositions de l'*Accord SPS* s'appliquent à des mesures promulguées avant la date d'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC*;
- e) Si le Groupe spécial a procédé à une évaluation objective des faits conformément à l'article 11 du *Mémoire d'accord*;

- f) Si le Groupe spécial a agi dans le cadre de ses attributions en choisissant des experts et en utilisant leurs services de la façon qu'il l'a fait, en accordant des droits additionnels en tant que tierces parties aux Etats-Unis et au Canada et en établissant des constatations fondées sur des arguments qui n'avaient pas été avancés par les parties;
- g) Si le Groupe spécial a interprété correctement l'article 3:1 et 3 de l'*Accord SPS*;
- h) Si les mesures communautaires ont été "établies sur la base" d'une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*;
- i) Si le Groupe spécial a interprété et appliqué correctement l'article 5:5 de l'*Accord SPS*;
et
- j) Si le Groupe spécial a appliqué à bon escient le principe d'"économie jurisprudentielle" en n'établissant pas de constatations sur la compatibilité des mesures communautaires avec l'article 2:2 et l'article 5:6 de l'*Accord SPS*.

IV. Attribution de la charge de la preuve dans les procédures au titre de l'*Accord SPS*

97. La première question générale que nous devons examiner porte sur l'attribution de la charge de la preuve dans les procédures au titre de l'*Accord SPS*. Le Groupe spécial considère à juste titre que cette question "revêt une importance particulière"⁵⁴, étant donné la nature des différends au titre de cet accord. Ces différends peuvent soulever des questions de fait multiples et complexes.

98. Le Groupe spécial commence son analyse en examinant de manière générale la question de l'attribution de la charge de la preuve aux parties en présence dans toute procédure au titre de l'*Accord SPS*. La charge de la preuve incombe initialement à la partie plaignante, qui doit fournir un commencement de preuve d'incompatibilité avec une disposition particulière de l'*Accord SPS* en ce qui concerne la partie défenderesse, ou plus exactement, sa (ses) mesure(s) SPS faisant l'objet de la plainte. Une fois que ce commencement de preuve a été apporté, la charge de la preuve passe à la partie défenderesse, qui doit à son tour repousser ou réfuter l'incompatibilité alléguée. Cela semble

⁵⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.48; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.51.

assez clair et conforme à notre décision dans l'affaire *Etats-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*⁵⁵, que le Groupe spécial invoque et qui comporte une règle applicable à toute procédure relative à un différend.

99. Le Groupe spécial, toutefois, prend ensuite une décision d'interprétation générale et absolue, à savoir que l'*Accord SPS* attribue la "charge de présentation" au Membre qui impose une mesure SPS. Pour appuyer cette affirmation générale, qui rend assez vaine la mention par le Groupe spécial de notre propre décision dans l'affaire *Etats-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*, le Groupe spécial se réfère tout d'abord au:

... libellé de plusieurs dispositions de l'Accord [SPS], et notamment des cinq premiers mots de ces dispositions: "*Les Membres feront en sorte que ...*" (exemple: articles 2:2, 2:3, 5:1 et 5:6 de l'Accord SPS). (souligné dans l'original).⁵⁶

100. Le Groupe spécial cite ensuite l'article 5:8 de l'*Accord SPS*, tout en notant entre parenthèses que cet article "se rapporte davantage à la transparence qu'à une quelconque obligation de justification légale".⁵⁷ L'article 5:8 dispose que:

Lorsqu'un Membre aura des raisons de croire qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire spécifique introduite ou maintenue par un autre Membre exerce, ou peut exercer, une contrainte sur ses exportations et qu'elle n'est pas fondée sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes, ou que de telles normes, directives ou recommandations n'existent pas, une explication des raisons de cette mesure sanitaire ou phytosanitaire pourra être demandée et sera fournie par le Membre maintenant la mesure.

101. Enfin, le Groupe spécial invoque, pour étayer sa décision d'interprétation générale, l'article 3:2 de l'*Accord SPS*, qui établit une présomption de compatibilité avec les dispositions pertinentes dudit accord et du GATT de 1994 pour les mesures qui sont conformes aux normes, directives ou recommandations internationales. De cette présomption, le Groupe spécial déduit *a contrario* que si une mesure *n'est pas* conforme aux normes internationales, le Membre imposant cette mesure doit

⁵⁵Rapport adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 15 et 16.

⁵⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.52; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.55.

⁵⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.53; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.56.

supporter la charge de la preuve dans toute plainte d'incompatibilité avec une disposition de l'*Accord SPS*.⁵⁸

102. Nous constatons que la décision d'interprétation générale du Groupe spécial est dénuée de fondement dans l'*Accord SPS* et nous devons, par conséquent, infirmer cette décision. Nous ne voyons pas de lien nécessaire (c'est-à-dire logique) ou autre entre l'engagement des Membres de faire en sorte, par exemple, qu'une mesure SPS "ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux ..." ⁵⁹ et l'attribution de la charge de la preuve dans une procédure de règlement des différends. L'article 5:8 de l'*Accord SPS* n'est pas censé traiter des problèmes relatifs à la charge de la preuve; il ne vise pas une situation de règlement des différends. Au contraire, un Membre désireux d'exercer son droit de recevoir des informations au titre de l'article 5:8 serait en toute probabilité dans une situation précédant un différend et les informations ou explications qu'il recevrait pourraient lui permettre d'engager une procédure de règlement des différends et d'établir une présomption d'incompatibilité de la mesure en cause avec l'*Accord SPS*. La dernière raison avancée par le Groupe spécial est tout simplement dépourvue de logique. La présomption *a contrario* instituée par le Groupe spécial n'existe pas. La présomption de compatibilité avec les dispositions pertinentes de l'*Accord SPS* qui découle de l'article 3:2 pour les mesures qui sont conformes aux normes internationales peut fort bien être une *incitation* pour les Membres à rendre leurs mesures SPS conformes à ces normes. Il est évident, toutefois, que la décision d'un Membre de ne pas rendre une mesure particulière conforme à une norme internationale n'autorise pas l'imposition à ce Membre de la charge générale ou spéciale de la preuve, qui peut représenter le plus souvent une pénalité.

103. Au début de son examen des prescriptions de l'article 3:1 et 3 de l'*Accord SPS*, le Groupe spécial se penche à nouveau sur la question de l'attribution de la charge de la preuve aux parties plaignantes et à la partie défenderesse. Le Groupe spécial s'exprime ainsi:

L'un des objectifs de l'*Accord SPS*, tel qu'il est reconnu expressément dans le préambule, est de favoriser l'utilisation de normes, directives et recommandations internationales. A cette fin, l'article 3:1 impose à tous les Membres l'obligation d'établir leurs mesures sanitaires sur la base de normes internationales, sauf disposition contraire de l'*Accord SPS*, et en particulier les dispositions de l'article 3:3. En

⁵⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.54; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.57.

⁵⁹*Accord SPS*, article 2:2.

ce sens, l'article 3:3 prévoit une exception à l'obligation générale énoncée à l'article 3:1. Quant à l'article 3:2, il précise qu'il incombe à la partie plaignante de combattre la présomption de compatibilité avec l'Accord SPS lorsqu'une mesure est établie sur la base de normes internationales. Il semble donc indiquer implicitement que lorsqu'une mesure n'est pas établie sur cette base, il incombe au défendeur de démontrer que la mesure se justifie au titre des exceptions prévues à l'article 3:3.

Nous constatons donc qu'une fois que la partie plaignante a présenté un commencement de preuve établissant i) qu'il existe une norme internationale concernant la mesure en cause; et ii) que la mesure en cause n'est pas établie sur la base de cette norme, la charge de la preuve au titre de l'article 3:3 se déplace vers la partie défenderesse.⁶⁰ (non souligné dans l'original)

104. Le Groupe spécial se fonde sur deux points d'interprétation pour parvenir à la constatation ci-dessus. Premièrement, le Groupe spécial part du principe qu'il existe une relation "règle générale - exception" entre l'article 3:1 (l'obligation générale) et l'article 3:3 (l'exception)⁶¹ et applique à l'Accord SPS ce qu'il appelle "la pratique établie dans le cadre du GATT de 1947 et du GATT de 1994" selon laquelle la charge de justifier une mesure au titre de l'article XX du GATT de 1994 incombe à la partie défenderesse.⁶² A notre avis, le Groupe spécial a mal compris la relation existant entre les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 3 - laquelle est examinée plus loin⁶³, qui est qualitativement différente de la relation existant entre, par exemple, les articles premier ou III et l'article XX du GATT de 1994. L'article 3:1 de l'Accord SPS exclut simplement de son champ d'application les situations visées par l'article 3:3 de cet accord, c'est-à-dire celles où un Membre a prévu de s'assurer un niveau de protection sanitaire plus élevé que celui qui serait obtenu par une mesure fondée sur une norme internationale. L'article 3:3 reconnaît le droit autonome de tout Membre d'établir pareil niveau plus élevé de protection, à condition que ce Membre se conforme à certaines prescriptions lorsqu'il promulgue des mesures SPS pour atteindre ce niveau. La règle générale d'une procédure de règlement des différends selon laquelle la partie plaignante est tenue de fournir un commencement de preuve d'incompatibilité avec une disposition de l'Accord SPS avant que la charge de prouver la compatibilité avec cette

⁶⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.86 et 8.87; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.89 et 8.90.

⁶¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.86; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.89.

⁶²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, note de bas de page 288; rapport du Groupe spécial Canada, note de bas de page 393.

⁶³Paragraphe 169 à 172 du présent rapport.

disposition passe à la partie défenderesse ne saurait être éludée simplement en qualifiant ladite disposition d'"exception". D'une façon analogue, le simple fait de qualifier une disposition conventionnelle d'"exception" ne justifie pas en soi une interprétation "plus stricte" ou "plus étroite" de cette disposition que ne le justifierait l'examen du sens ordinaire du libellé du traité considéré dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce dernier ou, autrement dit, en appliquant les règles normales d'interprétation des traités. Il convient également de garder à l'esprit qu'un commencement de preuve, en l'absence de réfutation effective par la partie défenderesse, fait obligation au groupe spécial, en droit, de statuer en faveur de la partie plaignante fournissant le commencement de preuve.⁶⁴

105. Deuxièmement, le Groupe spécial se fonde sur la déduction ou présomption inverse qu'il a tirée de l'article 3:2 de l'*Accord SPS*. Comme nous l'avons indiqué plus haut, nous n'avons pas trouvé de fondement à cette déduction ou présomption.⁶⁵

106. Nous estimons donc et affirmons que le Groupe spécial a commis une erreur de droit à la fois dans ses deux points d'interprétation et dans sa constatation énoncés aux paragraphes 8.86 et 8.87 du rapport du Groupe spécial Etats-Unis et aux paragraphes 8.89 et 8.90 du rapport du Groupe spécial Canada (mentionnés ci-dessus).⁶⁶

107. Les interprétations juridiques et les constatations du Groupe spécial décrites plus haut semblent avoir été appliquées notamment dans les paragraphes ci-après dont les Communautés européennes ont également fait appel:

Nous rappelons les conclusions que nous avons formulées plus haut au sujet de la charge de la preuve, en particulier celle d'après laquelle les Communautés européennes ont l'obligation, s'agissant des mesures communautaires qui s'écartent des normes internationales, de prouver qu'il existe une évaluation des risques (et, à la suite de celle-ci, un risque identifiable) sur la base de laquelle les mesures communautaires incriminées ont été établies. Il n'appartient pas aux Etats-Unis, dans le cadre de ce différend, de prouver qu'il n'y a *aucun* risque.⁶⁷

⁶⁴Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Chemises et blouses*, adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 15 et 16.

⁶⁵Paragraphe 102 du présent rapport.

⁶⁶Voir paragraphe 103 du présent rapport.

⁶⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.151; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.154.

...

Nous rappelons enfin les constatations que nous avons formulées plus haut au sujet de la charge spécifique de la preuve prévue à l'article 3:3. En particulier, nous avons constaté que l'obligation de prouver que les prescriptions énoncées à l'article 3:3 (notamment la conformité avec l'article 5) ont été respectées, afin de justifier une mesure sanitaire qui s'écarte d'une norme internationale, incombait aux Membres imposant ladite mesure. Etant donné que les mesures communautaires examinées dans la présente section (qui concernent toutes les hormones en cause autres que l'acétate de mélangestrol) ne sont pas fondées sur des normes internationales existantes et qu'elles doivent être justifiées en vertu des exceptions prévues à l'article 3:3, il appartient aux Communautés européennes de prouver que la détermination et la mise en oeuvre de son niveau de protection sont conformes à l'article 5:4 à 6.⁶⁸

108. Dans la mesure où le Groupe spécial⁶⁹ prétend dispenser les Etats-Unis et le Canada de l'obligation de fournir un commencement de preuve de l'absence de l'évaluation des risques prescrite à l'article 5:1 et de l'inobservation par les Communautés européennes des prescriptions de l'article 3:3, et imposer aux Communautés européennes la charge de prouver l'existence de cette évaluation des risques et de la compatibilité des mesures communautaires avec l'article 5:4 à 6 *sans chercher à savoir si les parties plaignantes avaient déjà fourni un commencement de preuve*, nous estimons et affirmons que le Groupe spécial a commis là encore une erreur de droit.

109. Conformément à notre décision dans l'affaire *Etats-Unis - Chemises, chemisiers et blouses*⁷⁰, le Groupe spécial aurait dû commencer l'analyse de chaque disposition en examinant la question de savoir si les Etats-Unis et le Canada avaient présenté des éléments de preuve et des arguments juridiques suffisants pour prouver que les mesures communautaires étaient incompatibles avec les obligations assumées par les Communautés européennes au titre de chaque article de l'*Accord SPS* examiné par le Groupe spécial, à savoir les articles 3:1 et 3, et 5:1 et 5. Ce n'est qu'une fois établie cette

⁶⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.165; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.168.

⁶⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.151 et 8.165; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.154 et 8.168.

⁷⁰Rapport adopté le 23 mai 1997, WT/DS33/AB/R, pages 14 à 19.

présomption par le Groupe spécial que la charge d'apporter des éléments de preuve et des arguments pour réfuter l'allégation de la partie plaignante peut être attribuée aux Communautés européennes.⁷¹

V. Le critère d'examen applicable aux procédures au titre de l'Accord SPS

110. Les Communautés européennes font appel de certaines constatations du Groupe spécial⁷² au motif que le Groupe spécial n'a pas appliqué un critère d'examen approprié pour évaluer certains actes communautaires et certaines preuves scientifiques fournies par les Communautés européennes.⁷³ Les Communautés européennes font valoir en particulier que:

... le Groupe spécial a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte des éléments suivants des mesures communautaires:

- la décision des CE de fixer et d'appliquer un niveau de protection sanitaire plus élevé que celui qui est recommandé par le Codex Alimentarius pour les risques résultant de l'utilisation de ces hormones comme activateurs de croissance;
- l'évaluation scientifique et la gestion par les CE du risque résultant des hormones en cause; et
- le souci des CE de respecter le principe de précaution et leur répugnance à accepter tout risque cancérigène accru.

Le Groupe spécial a également commis une erreur de droit parce qu'il a:

- attribué une force probante élevée aux avis scientifiques présentés par quelques-uns des cinq experts scientifiques choisis par ses soins (et aux avis de l'expert technique désigné par le Codex Alimentarius);
- n'a pas pris en considération en substance ou a déformé les preuves scientifiques présentées par les CE et leurs conseillers scientifiques, et a systématiquement considéré les avis scientifiques des experts nommés par le Groupe spécial ou

⁷¹Notre constatation que le Groupe spécial a commis une erreur en attribuant la charge de la preuve en général au Membre imposant la mesure ne vise pas, toutefois, la question tout à fait distincte de savoir si les Etats-Unis et le Canada ont effectivement apporté un commencement de preuve de la violation des articles 3:1 et 3, et 5:1 et 5 de l'Accord SPS. Voir à cet égard la note de bas de page 180 du présent rapport.

⁷²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.124, 8.127, 8.133, 8.134, 8.145, 8.146, 8.194, 8.199, 8.213 et 8.255; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.127, 8.130, 8.136, 8.137, 8.148, 8.149, 8.197, 8.202, 8.216 et 8.258.

⁷³Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 140.

même d'une minorité de ces experts comme ayant une force probante plus élevée que les preuves scientifiques présentées par les scientifiques communautaires;

fondé ses constatations et interprétations juridiques concernant un certain nombre de questions critiques sur la majorité des avis scientifiques présentés par ses propres experts au lieu de se borner à examiner si les preuves scientifiques fournies par les CE étaient fondées sur des "*principes scientifiques*" (comme le prescrit l'article 2:2 [de l'*Accord SPS*]).⁷⁴

111. De l'avis des Communautés européennes, il existe deux principales façons d'aborder le problème du "critère d'examen approprié" en ce qui concerne les groupes spéciaux. La première est appelée "examen *de novo*". Ce critère d'examen laisserait au groupe spécial toute liberté de parvenir à un avis différent de celui de l'autorité compétente du Membre dont l'acte ou la détermination font l'objet de l'examen. Le groupe spécial est appelé à "vérifier si la détermination de l'autorité nationale était "correcte" aussi bien du point de vue factuel que du point de vue de la procédure".⁷⁵ La seconde est celle de la "déférence". Selon le critère de la "déférence", un groupe spécial, de l'avis des Communautés européennes, ne doit pas chercher à refaire l'enquête effectuée par l'autorité nationale, mais examiner si la "procédure" requise par les règles pertinentes de l'OMC a bien été suivie.⁷⁶

112. Se référant à l'évidence uniquement à un critère approprié d'examen de déterminations *factuelles* par les autorités nationales d'un Membre, les Communautés européennes soutiennent que le principe de déférence figure à l'article 17.6 i) de l'*Accord antidumping* qui se lit comme suit:

"17.6 Lorsqu'il examinera la question visée au paragraphe 5:

- i) dans son évaluation des faits de la cause, le groupe spécial déterminera si l'établissement des faits par les autorités était correct et si leur évaluation de ces faits était impartiale et objective. Si l'établissement des faits était correct et que l'évaluation était impartiale et objective, même si le groupe spécial est arrivé à une conclusion différente, l'évaluation ne sera pas infirmée;"

⁷⁴Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 139.

⁷⁵Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 122.

⁷⁶Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 123.

113. Les Communautés européennes soutiennent en outre que le critère susmentionné, qu'elles appellent "critère de déférence raisonnable"⁷⁷ s'applique à "toutes les situations de fait très complexes, y compris l'évaluation des risques pour la santé des personnes résultant de toxines et de contaminants"⁷⁸ et que le Groupe spécial aurait dû l'appliquer en l'espèce.

114. La première chose à souligner à cet égard est que l'*Accord SPS* lui-même est muet sur la question du critère d'examen approprié pour les groupes spéciaux statuant sur les mesures SPS d'un Membre. Il n'existe pas non plus de dispositions dans le Mémoire d'accord ni dans aucun des accords visés (sauf l'*Accord antidumping*) prescrivant un critère d'examen particulier. Seul l'article 17.6 i) de l'*Accord antidumping* contient des dispositions sur le critère d'examen à utiliser par le groupe spécial dans "son évaluation des faits de la cause". A nos yeux, rien n'indique dans l'*Accord SPS* que les Membres aient eu l'intention d'adopter ou d'incorporer dans cet accord le critère énoncé à l'article 17.6 i) de l'*Accord antidumping*. Textuellement, l'article 17.6 i) est propre à l'*Accord antidumping*.⁷⁹

115. Le critère d'examen approprié pour les procédures au titre de l'*Accord SPS*, il va de soi, doit tenir compte de l'équilibre établi dans cet accord entre les sphères de compétence cédées par les Membres à l'OMC et les sphères que les Membres se sont réservées.⁸⁰ Adopter un critère d'examen qui n'est

⁷⁷Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 128.

⁷⁸Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 127.

⁷⁹Par ailleurs, comme l'ont indiqué les Etats-Unis, il convient de noter la Décision sur l'examen de l'article 17.6 de l'*Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994*, qui se lit comme suit:

Les Ministres décident ce qui suit:

Le critère d'examen prévu au paragraphe 6 de l'article 17 de l'Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI du GATT de 1994 sera réexaminé après une période de trois ans afin de voir s'il est susceptible d'application générale. (non souligné dans l'original)

Il ressort de cette décision ministérielle que les Ministres savaient bien que l'article 17.6 de l'*Accord antidumping* était applicable uniquement dans le cadre de cet accord.

⁸⁰Voir par exemple S.P. Croley et J.H. Jackson, "WTO Dispute Panel Deference to National Government Decisions, The Misplaced Analogy to the U.S. Chevron Standard-of-Review Doctrine", dans E.-U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Kluwer, 1997) 185, page 189; P.A. Akakwam, "The Standard of Review in the 1994 Antidumping Code: Circumscribing the Role of GATT Panels in Reviewing National Antidumping Determinations" (1996) 5:2 *Minnesota Journal of Global Trade* 277, pages 295 et 296.

pas clairement fondé sur les dispositions de l'*Accord SPS* lui-même risque fort de modifier cet équilibre soigneusement établi et ni un groupe spécial ni l'Organe d'appel ne sont autorisés à le faire.

116. Notre propos n'est pas, toutefois, de donner à entendre qu'il n'existe pas actuellement de critère d'examen applicable à l'établissement et à l'évaluation des faits dans les procédures au titre de l'*Accord SPS* ou d'autres accords visés. A notre avis, l'article 11 du Mémoire d'accord traite directement de cette question et énonce d'une manière très succincte mais suffisamment claire le critère d'examen approprié pour les groupes spéciaux en ce qui concerne à la fois l'établissement des faits et la qualification juridique de ces faits en vertu des accords pertinents. L'article 11 se lit comme suit:

La fonction des groupes spéciaux est d'aider l'ORD à s'acquitter de ses responsabilités au titre du présent mémorandum d'accord et des accords visés. En conséquence, un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés. Le groupe spécial devrait avoir régulièrement des consultations avec les parties au différend et leur donner des possibilités adéquates d'élaborer une solution mutuellement satisfaisante". (non souligné dans l'original)

117. En ce qui concerne l'établissement des faits, les activités des groupes spéciaux à cette fin sont toujours subordonnées aux prescriptions de l'article 11 du Mémoire d'accord: le critère applicable n'est ni l'examen *de novo* proprement dit, ni la "déférence totale", mais "l'évaluation objective des faits". Nombre de groupes spéciaux ont refusé par le passé de se livrer à un réexamen complet⁸¹, à raison étant donné que dans le cadre des pratiques et des systèmes actuels ils ne sont guère à même d'effectuer pareil réexamen. A l'inverse, il a été dit à juste titre que "s'en remettre totalement ... aux constatations des autorités nationales ne saurait garantir l'"évaluation objective" prévue par l'article 11 du Mémoire d'accord".⁸²

⁸¹Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis - Vêtements de dessous*, adopté le 25 février 1997, WT/DS24/R; rapport du Groupe spécial, *Corée - Droits antidumping appliqués par la Corée aux importations de polyacétals en provenance des Etats-Unis*, adopté le 27 avril 1993, IBDD, S40/236; rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis - Imposition de droits antidumping sur les importations de saumons frais et réfrigérés en provenance de Norvège*, adopté le 27 avril 1994, ADP/87; et rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis - Ouverture d'une enquête en matière de droits compensateurs au sujet du bois de construction résineux en provenance du Canada*, adopté le 3 juin 1987, IBDD, S34/216.

⁸²Rapport du Groupe spécial, *Etats-Unis - Vêtements de dessous*, adopté le 25 février 1997, WT/DS24/R, paragraphe 7.10.

118. En ce qui concerne les questions de droit - à savoir la compatibilité ou l'incompatibilité d'une mesure prise par un Membre avec les dispositions de l'accord applicable - un critère qui ne figure pas dans le texte de l'*Accord SPS* lui-même ne saurait dispenser un groupe spécial (ou l'Organe d'appel) de l'obligation d'appliquer les règles coutumières d'interprétation du droit international public.⁸³ Il convient de noter que les Communautés européennes n'ont pas donné à entendre que l'article 17.6 de l'*Accord antidumping* dans sa totalité était applicable en l'espèce. Néanmoins, il convient de souligner qu'ici aussi l'article 11 du *Mémoire d'accord* est tout à fait pertinent, lequel fait obligation à un groupe spécial de "procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits de la cause avec ces dispositions ...".

119. Nous considérons donc que la question de la non-application d'un critère d'examen approprié, soulevée par les Communautés européennes, se résume à la question de savoir si le Groupe spécial, en établissant les constatations susmentionnées et les autres constatations mentionnées par les Communautés européennes et dont elles ont fait appel, avait procédé à une "évaluation objective de la question dont il était saisi, y compris une *évaluation objective des faits* ...". Ce point particulier est traité (de manière assez détaillée) ci-après.⁸⁴ Sur ce point, toutefois, nous confirmons les constatations du Groupe spécial dont les Communautés européennes ont fait appel au motif que ni le critère de "déférence raisonnable" ni le critère d'examen prévu à l'article 17.6 i) de l'*Accord antidumping* n'avaient été appliqués.

VI. La pertinence du principe de précaution dans l'interprétation de l'*Accord SPS*

120. Les Communautés européennes nous ont demandé d'infirmier la constatation du Groupe spécial relative au principe de précaution. La constatation du Groupe spécial et ses arguments à l'appui de sa constatation sont énoncés dans ses rapports comme suit:

Les Communautés européennes invoquent aussi le principe de précaution à l'appui de leur allégation selon laquelle les mesures communautaires incriminées sont établies sur la base d'une évaluation des risques. Dans la mesure où ce principe pourrait être considéré comme faisant partie du droit coutumier international *et* pourrait être utilisé pour interpréter l'article 5:1 et 2 concernant l'évaluation des risques en tant que règle coutumière d'interprétation du droit

⁸³Mémoire d'accord, article 3:2.

⁸⁴Paragraphes 131 à 144 du présent rapport.

international public (au sens de l'article 3:2 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends), nous estimons qu'il ne l'emporterait pas sur l'énoncé explicite de l'article 5:1 et 2 indiqué ci-dessus, étant donné en particulier que ce principe a été incorporé, avec un sens spécifique, à l'article 5:7 de l'Accord SPS. Nous notons cependant que les Communautés européennes ont expressément déclaré en l'espèce qu'elles n'invoquaient pas l'article 5:7.

Nous constatons donc que le principe de précaution ne peut pas l'emporter sur les conclusions que nous avons formulées plus haut, à savoir que l'interdiction imposée par les CE à l'importation de viande et de produits carnés provenant d'animaux traités à des fins anabolisantes avec l'une des cinq hormones en cause, dans la mesure où elle s'applique aussi à la viande et aux produits carnés provenant d'animaux traités avec l'une de ces hormones *conformément aux bonnes pratiques*, n'est pas, du point de vue du fond, *établie sur la base* d'une évaluation des risques.⁸⁵ (non souligné dans l'original)

121. Le principal argument des Communautés européennes est que le principe de précaution est, ou est devenu, "une règle coutumière générale du droit international" ou du moins "un principe général de droit".⁸⁶ Se référant plus particulièrement à l'article 5:1 et 2 de l'*Accord SPS*, les Communautés européennes estiment que l'application du principe de précaution signifie qu'il n'est pas nécessaire que *tous* les scientifiques du monde entier soient d'accord sur la "possibilité et l'ampleur" du risque ni que *tous* les Membres de l'OMC ou la plupart d'entre eux perçoivent et évaluent le risque de la même façon.⁸⁷ Elles soulignent également que l'article 5:1 et 2 ne prescrit pas un type particulier d'évaluation des risques et n'empêche pas les Membres de faire preuve de prudence dans leur évaluation des risques.⁸⁸ Les Communautés européennes ajoutent que les mesures communautaires en cause sont des mesures de précaution et qu'elles satisfont aux prescriptions de l'article 2:2 et 3 ainsi qu'à celles de l'article 5:1, 2, 4, 5 et 6 de l'*Accord SPS*.⁸⁹

⁸⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.157 et 8.158; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.160 et 8.161.

⁸⁶Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 91.

⁸⁷Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 88.

⁸⁸Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 94.

⁸⁹Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 98.

122. Les Etats-Unis ne considèrent pas le "principe de précaution" comme une règle de droit international coutumier et ils estiment qu'il s'agit d'une "approche" plus que d'un "principe".⁹⁰ Le Canada considère lui aussi que le principe de précaution ne fait pas encore partie intégrante du droit international public; toutefois, il reconnaît que le "concept" ou "approche de précaution" est "un principe de droit *naissant*" qui pourrait à l'avenir devenir l'un des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées" au sens de l'article 38 1) c) du *Statut de la Cour internationale de justice*.⁹¹

123. Le statut du principe de précaution dans le droit international continue de faire l'objet de débats parmi les universitaires, les professionnels du droit, les hommes de loi et les juges. Certains considèrent que le principe de précaution est devenu un principe général du droit international coutumier de l'*environnement*. La question de savoir s'il est largement admis par les Membres comme principe de *droit international coutumier* ou *général* est moins claire.⁹² Nous estimons, toutefois, qu'il est superflu, et probablement imprudent, que l'Organe d'appel prenne position dans le présent appel au sujet de cette question importante, mais abstraite. Nous relevons que le Groupe spécial lui-même n'a pas établi de constatation définitive concernant le statut du principe de précaution dans le droit

⁹⁰Communication des Etats-Unis en tant qu'intimé, paragraphe 92.

⁹¹Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 34.

⁹²Des auteurs comme P. Sands, J. Cameron et J. Abouchar, tout en reconnaissant que le principe évolue encore, estiment toutefois que la pratique des Etats en la matière est actuellement suffisante pour étayer l'avis que le principe de précaution est un principe de droit international coutumier. Voir, par exemple, P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Vol. I (Manchester University Press 1995) page 212; J. Cameron, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", dans J. Cameron et T. O'Riordan (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle* (Cameron May, 1994) 262, page 283; J. Cameron et J. Abouchar, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", dans D. Freestone et E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle in International Law* (Kluwer, 1996) 29, page 52. D'autres auteurs font valoir que le principe de précaution n'a pas encore obtenu le statut de principe de droit international, ou du moins, ils considèrent que ce statut est sujet à caution, entre autres raisons parce que ce principe se prête encore à des interprétations très diverses. Voir, par exemple, P. Birnie et A. Boyle, *International Law and the Environment* (Clarendon Press, 1992), page 98; L. Gündling, "The Status in International Law of the Precautionary Principle" (1990), 5:1,2,3 *International Journal of Estuarine and Coastal Law* 25, page 30; A. deMestral et divers collaborateurs), *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 5ème éd. (Emond Montgomery, 1993), page 765; D. Bodansky, dans *Proceedings of the 85th Annual Meeting of the American Society of International Law* (ASIL, 1991), page 415.

international et que le principe de précaution, du moins en dehors du droit international de l'environnement, n'a pas encore fait l'objet d'une formulation faisant autorité.⁹³

124. Il nous paraît important, néanmoins, de noter certains aspects de la relation entre le principe de précaution et l'*Accord SPS*. Premièrement, le principe n'a pas été incorporé dans l'*Accord SPS* comme motif justifiant des mesures SPS qui sont par ailleurs incompatibles avec les obligations des Membres énoncées dans des dispositions particulières dudit accord. Deuxièmement, le principe de précaution est effectivement pris en compte à l'article 5:7 de l'*Accord SPS*. En même temps, nous partageons l'avis des Communautés européennes selon lequel il n'est pas nécessaire de poser en principe que l'article 5:7 est exhaustif en ce qui concerne la pertinence du principe de précaution. Ce principe est également pris en compte dans le sixième alinéa du préambule et à l'article 3:3. Ces derniers reconnaissent explicitement le droit des Membres d'établir leur propre niveau approprié de protection sanitaire, lequel peut être plus élevé (c'est-à-dire plus prudent) que celui qu'impliquent les normes, directives et recommandations internationales existantes. Troisièmement, un groupe spécial chargé de déterminer, par exemple, s'il existe des "preuves scientifiques suffisantes" pour justifier le maintien par un Membre d'une mesure SPS particulière peut, évidemment, et doit, garder à l'esprit que les gouvernements représentatifs et conscients de leurs responsabilités agissent en général avec prudence et précaution en ce qui concerne les risques de dommages irréversibles, voire mortels, pour la santé des personnes. Enfin, le principe de précaution ne dispense pas, toutefois, en soi et sans une directive explicite et claire dans ce sens, le groupe spécial de l'obligation d'appliquer les principes normaux (c'est-à-dire du droit international coutumier) de l'interprétation des traités pour interpréter les dispositions de l'*Accord SPS*.

125. Nous approuvons donc la constatation du Groupe spécial selon laquelle le principe de précaution ne l'emporte pas sur les dispositions de l'article 5:1 et 2 de l'*Accord SPS*.

⁹³Dans l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, la Cour internationale de justice a reconnu que dans le domaine de la protection de l'environnement de nouvelles normes avaient été mises au point et qu'elles avaient été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies, et qu'il fallait prendre dûment en considération ces nouvelles normes. Toutefois, nous notons que la Cour n'a pas mentionné le principe de précaution parmi ces normes récemment apparues. Elle n'a pas non plus déclaré que ce principe pouvait l'emporter sur les obligations du traité entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie du 16 septembre 1977 relatif à la construction et au fonctionnement du système d'écluses de Gabčíkovo-Nagymaros. Voir *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, CIJ, jugement du 25 septembre 1997, paragraphes 140, 111 à 114. Le jugement de l'affaire ne figure pas encore dans le Recueil de la CIJ mais il peut être consulté sur Internet (<http://www.icj-cij.org/idecis.htm>).

VII. Application de l'Accord SPS aux mesures promulguées avant le 1er janvier 1995

126. Bien que les Directives n° 81/602, 88/148 et 88/299 aient été promulguées avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC le 1er janvier 1995, le Groupe spécial a considéré⁹⁴ que, conformément à l'article 28 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (dite "*Convention de Vienne*")⁹⁵, l'Accord SPS doit s'appliquer aux mesures communautaires en cause parce qu'elles ont continué d'exister après le 1er janvier 1995 et que rien dans l'Accord SPS n'indique l'intention d'en limiter l'application aux mesures promulguées après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. Le Groupe spécial a déclaré, au contraire, que plusieurs dispositions de l'Accord SPS, en particulier les articles 2:2, 3:3, 5:6 et 8, et 14, confirment que l'Accord SPS s'applique bien aux mesures SPS qui ont été promulguées avant le 1er janvier 1995 mais qui ont été maintenues après cette date.⁹⁶

127. Les Communautés européennes soutiennent que cette conclusion du Groupe spécial est "trop radicale"⁹⁷ et que l'Accord SPS montre une intention de limiter l'application temporelle de l'Accord, et en particulier de l'article 5:1 à 5 aux mesures promulguées après la date d'entrée en vigueur de l'Accord.

128. Nous avons examiné la question de l'application temporelle dans notre rapport sur l'affaire *Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée* et conclu sur la base de l'article 28 de la Convention de Vienne que:

S'il n'y a pas d'intention contraire, un traité ne peut pas s'appliquer à des actes ou faits antérieurs à la date d'entrée en vigueur de ce traité ni à des situations qui avaient cessé d'exister à cette date.⁹⁸

Nous pensons comme le Groupe spécial que l'Accord SPS s'appliquerait à des situations ou à des mesures qui n'ont pas cessé d'exister, comme les directives de 1981 et 1988, à moins qu'une intention contraire ne ressorte de l'Accord SPS. Nous pensons également comme le Groupe spécial que l'Accord SPS ne montre pas pareille intention. L'Accord SPS ne renferme pas de disposition limitant l'application

⁹⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.25; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.28.

⁹⁵Adoptée à Vienne le 23 mai 1969, 1155 RTNU 331; (1969), 8 International Legal Materials, 679.

⁹⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.26; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.29.

⁹⁷Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 264.

⁹⁸Rapport adopté le 20 mars 1997, WT/DS22/AB/R, page 16.

temporelle de l'*Accord SPS*, ni d'aucune disposition dudit accord, aux mesures SPS adoptées après le 1er janvier 1995.⁹⁹ En l'absence de pareille disposition, on ne saurait poser en principe que les dispositions centrales de l'*Accord SPS*, telles que l'article 5:1 et 5, ne s'appliquent pas à des mesures qui ont été promulguées avant 1995 mais qui continuent d'être en vigueur depuis lors. Si les négociateurs avaient voulu exempter les très nombreuses mesures SPS qui existaient avant le 1er janvier 1995 des disciplines de dispositions aussi importantes que l'article 5:1 et 5, il semble raisonnable de penser qu'ils l'auraient dit explicitement. L'article 5:1 et 5 ne fait pas de distinction entre les mesures SPS adoptées avant le 1er janvier 1995 et les mesures adoptées depuis lors: il en découle logiquement que l'intention est qu'il soit applicable aux deux. En outre, d'autres dispositions de l'*Accord SPS* telles que l'article 2:2 et 3, l'article 3:3 et l'article 5:6 prévoient explicitement l'applicabilité aux mesures SPS qui existaient déjà le 1er janvier 1995. Enfin, nous observons d'une manière plus générale que l'article XVI:4 de l'Accord sur l'OMC dispose que:

Chaque Membre assurera la conformité de ses lois, réglementations et procédures administratives avec ses obligations telles qu'elles sont énoncées dans les Accords figurant en annexe.

Contrairement au GATT de 1947, l'*Accord sur l'OMC* a été accepté à titre définitif par les Membres, et par conséquent il n'existe plus d'exceptions concernant la "législation en vigueur" (clause d'antériorité).¹⁰⁰

129. Nous n'ignorons pas que l'applicabilité, à compter du 1er janvier 1995, de la prescription selon laquelle une mesure SPS doit être établie sur la base d'une évaluation des risques aux nombreuses mesures SPS qui existaient déjà à cette date, peut imposer une lourde charge aux Membres. Il convient de noter à cet égard que l'article 5:1 dispose que les mesures SPS doivent être établies sur la base d'une évaluation des risques, *selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances*, ce qui indique clairement que les Membres ont une certaine latitude pour satisfaire aux prescriptions de l'article 5:1.

⁹⁹Il convient de noter que l'article 14 de l'*Accord SPS* autorise les *pays les moins avancés Membres* et les autres *pays en développement Membres* à différer l'application des dispositions de cet accord pendant une période de *cinq ans et de deux ans*, respectivement, à compter de la date d'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC*. Les pays en développement Membres ne peuvent différer l'application des dispositions de cet accord que lorsque cette application est empêchée par l'absence de connaissances techniques, d'infrastructure technique ou de ressources. Ce droit de *différer* l'application des dispositions de l'*Accord SPS* concerne à la fois les mesures SPS existant avant la date d'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC* et les mesures SPS promulguées depuis lors.

¹⁰⁰A l'exception des mesures prises par un Membre en vertu d'une législation impérative spécifique mentionnée au paragraphe 3 a) du texte incorporant le GATT de 1994 dans l'Accord sur l'OMC.

130. Nous confirmons donc la constatation du Groupe spécial concernant l'application temporelle de l'*Accord SPS*. Nous notons aussi que la mesure en cause dans le présent appel ne figure plus, depuis le 1er juillet 1997, dans les directives susmentionnées datant d'avant 1995, mais plutôt dans la Directive 96/22 qui a été élaborée et promulguée *après* l'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC*. Aucune des parties ne conteste que la mesure actuellement applicable ne soit assujettie aux disciplines de l'article 5:1 et 5 de l'*Accord SPS*.

VIII. L'obligation des groupes spéciaux de procéder à une évaluation objective des faits en vertu de l'article 11 du Mémoire d'accord

131. Les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial n'a pas pris en considération ou a faussé les preuves qu'elles lui ont fournies, ainsi que les opinions et les déclarations des experts scientifiques conseillant le Groupe spécial. Autrement dit, elles allèguent que le Groupe spécial n'a pas procédé à une évaluation objective des faits, comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord, et elles nous demandent d'infirmes les constatations ainsi établies par le Groupe spécial.

132. En vertu de l'article 17:6 du Mémoire d'accord, l'examen en appel se limite aux appels concernant les questions de droit couvertes par le rapport d'un groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci. Les constatations de fait, contrairement aux conclusions ou interprétations de droit, ne sont pas en principe soumises à l'examen de l'Organe d'appel. La question de savoir si un certain événement a effectivement eu lieu dans le temps et dans l'espace est généralement une question de fait; par exemple, la question de savoir si le Codex a adopté ou non une norme, une directive ou une recommandation internationale concernant l'acétate de mélangestrol est une question de fait. La question de la crédibilité d'un élément de preuve donné et de l'importance à lui accorder (c'est-à-dire l'appréciation dudit élément de preuve) fait partie intégrante du processus d'établissement des faits et est laissée, en principe, à la discrétion d'un groupe spécial, à qui il appartient de juger les faits. La compatibilité ou l'incompatibilité d'un fait ou d'un ensemble de faits donné avec les prescriptions d'une disposition conventionnelle donnée est, toutefois, une question de qualification juridique. C'est une question de droit. La question de savoir si un groupe spécial a procédé ou non à une évaluation objective des faits dont il était saisi, comme le prescrit l'article 11 du Mémoire d'accord, est également une question de droit qui, si elle est soulevée correctement en appel, entre dans le champ de l'examen en appel.

133. La question qui se pose alors est la suivante: quand un groupe spécial peut-il être considéré comme ayant failli à son obligation en vertu de l'article 11 du Mémorandum d'accord de procéder à une évaluation objective des faits dont il est saisi? A l'évidence, les erreurs d'appréciation des éléments de preuve ne peuvent pas toutes (encore que ce point puisse poser une question de droit) être considérées comme un manquement à l'obligation de procéder à une évaluation objective des faits. Dans le présent appel, les Communautés européennes soutiennent à maintes reprises que le Groupe spécial avait ignoré ou faussé ou déformé les preuves qu'elles avaient fournies et même les opinions des propres experts-conseils du Groupe spécial. L'obligation de procéder à une évaluation objective des faits est notamment une obligation d'examiner les éléments de preuve fournis à un groupe spécial et d'établir des constatations factuelles sur la base de ces éléments de preuve. Ignorer de propos délibéré ou refuser d'examiner les éléments de preuve fournis à un groupe spécial est incompatible avec l'obligation de ce dernier de procéder à une évaluation objective des faits. De même, fausser ou déformer intentionnellement les éléments de preuve fournis à un groupe spécial est incompatible avec une évaluation objective des faits. "Ignorer", "fausser" et "déformer" les éléments de preuve, au sens ordinaire que ces termes ont dans les procédures judiciaires et quasi judiciaires implique non pas une simple erreur de jugement dans l'appréciation des éléments de preuve mais une erreur fondamentale qui met en doute la bonne foi d'un groupe spécial.¹⁰¹ Alléguer qu'un groupe spécial a ignoré ou faussé les éléments de preuve qui lui ont été fournis revient à alléguer que le groupe spécial, dans une mesure plus ou moins grande, a refusé à la partie ayant fourni les éléments de preuve l'équité élémentaire, ou ce qui est connu dans nombre de systèmes juridiques comme les droits de la défense ou la justice naturelle.

134. Il nous incombe, par conséquent, d'examiner les allégations des Communautés européennes selon lesquelles le Groupe de travail a ignoré ou faussé quelques-unes au moins des preuves qui lui avaient été fournies.

A. *Preuves concernant le MGA*

135. D'après les Communautés européennes, la constatation du Groupe spécial selon laquelle les experts consultés avaient à plusieurs occasions déclaré qu'ils n'avaient connaissance d'aucune étude

¹⁰¹On peut se demander si les Communautés européennes n'ont pas simplement voulu utiliser les mots "ignorer" et "fausser" comme des synonymes particulièrement forts de "se méprendre" ou "mésestimer". On ne voit pas clairement, toutefois, si les Communautés européennes ont vraiment eu cette intention, étant donné notamment la fréquence avec laquelle les mots "ignorer" et "fausser" ont été utilisés.

scientifique à la disposition du public qui évalue l'innocuité du MGA¹⁰² n'est manifestement pas exacte.¹⁰³ Le Groupe spécial n'a cité que deux de ses experts (M. Ritter et M. McLean) et les déclarations de ces scientifiques ne confirment pas entièrement la conclusion du Groupe spécial. Par ailleurs, il n'a pas mentionné que MM. André et Lucier, deux autres experts qu'il a consultés, avaient dit que le MGA présentait "un risque réel" et "qu'il s'agissait d'un progestatif extraordinairement puissant" c'est-à-dire "environ 30 fois plus puissant que la progestérone, et actif oralement".¹⁰⁴ Nous notons que M. Ritter a clairement indiqué, au sujet du MGA, qu'il n'avait "pas d'autres informations, en dehors de renseignements de nature privée [qu'il] n'utiliserai[t] pas"¹⁰⁵ et que M. McLean a précisé qu'il n'avait fait aucune observation dans sa présentation sur le MGA "car les données disponibles pour son évaluation n'étaient pas très abondantes".¹⁰⁶ Ces deux déclarations tendent à confirmer la conclusion du Groupe spécial. Il est vrai que celui-ci n'a pas fait référence aux déclarations de MM. Lucier et André. Néanmoins, ces déclarations ne contredisent pas la conclusion du Groupe spécial selon laquelle il n'y a aucune étude à la disposition du public sur l'innocuité du MGA. En outre, le Groupe spécial aurait pu faire référence aux déclarations de MM. André et Lucier au sujet du MGA et procéder à une évaluation de ces déclarations, mais c'est en général à lui qu'il incombe de décider quelles preuves il choisit d'utiliser pour faire ses constatations. Nous ne pensons pas que le fait que le Groupe spécial n'a pas parlé des déclarations de MM. André et Lucier revienne à fausser ou à ignorer des preuves.

136. Les Communautés européennes font valoir que le Groupe spécial n'a pas demandé la communication de données sur le MGA et allèguent que, ce faisant, il a agi en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord. Toutefois, nous ne voyons rien dans l'article 11 qui donne à penser que le Groupe spécial est tenu de rassembler des données sur le MGA et qu'il était donc dans l'obligation de demander la communication de ces données.

137. En outre, les Communautés européennes affirment que le Groupe spécial a arbitrairement ignoré tous les renseignements concernant le MGA qu'elles lui avaient communiqués. Les renseignements

¹⁰²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.255; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.258.

¹⁰³Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 168.

¹⁰⁴Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 170, reprenant l'annexe des rapports du Groupe spécial Etats-Unis et du Groupe spécial Canada, paragraphe 852.

¹⁰⁵Annexe des rapports du Groupe spécial Etats-Unis et du Groupe spécial Canada, paragraphe 352.

¹⁰⁶Annexe des rapports du Groupe spécial Etats-Unis et du Groupe spécial Canada, paragraphe 354.

visés ici sont des études et rapports du CIRC sur les hormones, y compris les progestatifs, catégorie de substances à laquelle le MGA appartiendrait. Toutefois, nous notons que le Groupe spécial n'a pas seulement ignoré les études et rapports du CIRC, mais indiqué qu'il considérait que ceux-ci ne présentaient pas d'intérêt parce qu'il avait constaté qu'une évaluation des risques devait être effectuée pour chaque substance prise individuellement.¹⁰⁷

B. *Preuves concernant les cinq autres hormones*

138. S'agissant des cinq autres hormones en cause, les Communautés européennes font valoir que le Groupe spécial a manifestement faussé les preuves scientifiques qu'elles avaient produites et éliminé les avis scientifiques dissidents de ses propres experts, tentant de faire concorder le résultat souhaité avec les données scientifiques.¹⁰⁸ Premièrement, les Communautés soutiennent¹⁰⁹ que le Groupe spécial a cité de manière incorrecte certains des exposés de M. Lucier et a totalement passé sous silence certaines autres déclarations plus pertinentes qu'il a faites.¹¹⁰ Nous notons que le Groupe spécial a en effet cité M. Lucier de manière incorrecte. Le Groupe spécial a mal interprété la déclaration de M. Lucier figurant au paragraphe 819 de l'annexe, qui signifiait selon lui que le risque de 0 à 1 sur 1 million tenait à *la quantité totale d'oestrogènes dans la viande traitée*. Il est clair que M. Lucier a dit que ce risque tenait à la petite fraction d'oestrogènes qui était *ajoutée à des fins anabolisantes*. Toutefois, l'erreur d'interprétation du Groupe spécial quant à la déclaration de M. Lucier ne revient pas à ignorer *délibérément* des preuves ni ne constitue une négligence *flagrante* équivalant à de la mauvaise foi. Le Groupe spécial ne s'est pas non plus référé à d'autres déclarations de M. Lucier. Il nous semble que ces déclarations ou bien éclaircissent simplement la déclaration susmentionnée ou bien sont de caractère général. Il n'est pas réaliste de penser que le Groupe spécial pouvait se référer à toutes les déclarations faites par les experts qu'il a consultés, et il devait avoir une très grande liberté d'appréciation

¹⁰⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.257; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.260. Le Groupe spécial a souligné que, s'agissant des cinq hormones en cause, le JECFA, la Commission du Codex et les Communautés européennes elles-mêmes avaient réalisé ou invoqué des évaluations des risques pour chaque substance prise individuellement. En outre, il s'est référé au document présenté à la Conférence scientifique de la CE de 1995 par J. Bridges et O. Bridges, intitulé "Hazards of Growth Promoting Agents and Strategies of Risk Assessment" (Conference Proceedings, p. 250). Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.260; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.263.

¹⁰⁸Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 350.

¹⁰⁹Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 347.

¹¹⁰Voir en particulier la note de bas de page 331 du rapport du Groupe spécial Etats-Unis et la note de bas de page 437 du rapport du Groupe spécial Canada.

quant au choix des déclarations auxquelles il était utile de faire référence expressément. On peut dire la même chose au sujet de l'allégation des Communautés européennes selon laquelle le Groupe spécial n'a pas cité certaines déclarations de MM. Ritter et McLean.¹¹¹

139. Deuxièmement, il est allégué que le Groupe spécial a manifestement déformé les vues de M. André lorsqu'il a dit que celui-ci n'avait pas contesté les déclarations faites par les autres scientifiques consultés par le Groupe spécial au sujet de l'innocuité des hormones en cause.¹¹² Au contraire, d'après les Communautés européennes, les vues exprimées par M. André confirment les avis scientifiques présentés par les experts scientifiques des CE.¹¹³ On peut effectivement se demander si les vues de M. André confirment les déclarations faites par les autres experts consultés par le Groupe spécial ou les avis exprimés par les scientifiques des CE; pour le savoir, certaines compétences techniques sont nécessaires. Toutefois, même si le Groupe spécial a mal interprété les vues de M. André, nous ne voyons aucune raison - et aucune raison n'a d'ailleurs été avancée à ce sujet - de considérer que cette erreur revient à *ignorer délibérément* ou à *fausser* des preuves.

140. Troisièmement, il est allégué que le Groupe spécial a manifestement faussé les preuves scientifiques en considérant que la Conférence scientifique de la CE de 1995 constituait une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 et 2. Cependant, nous notons que le Groupe spécial ne dit pas que la Conférence de la CE de 1995 constitue une évaluation des risques. Il inclut cette conférence dans la liste des preuves scientifiques concernant les hormones en cause invoquées par les Communautés européennes.¹¹⁴ S'agissant des rapports mentionnés dans cette liste, le Groupe spécial a indiqué que plusieurs semblaient satisfaire aux critères minimaux en matière d'évaluation des risques (en particulier le Rapport Lamming et les Rapports de 1988 et 1989 du JECFA).¹¹⁵ Il ne se réfère toutefois pas à

¹¹¹Voir les déclarations de M. Ritter aux paragraphes 322, 743 et 782 et la déclaration de M. McLean au paragraphe 824 des rapports du Groupe spécial Etats-Unis et du Groupe spécial Canada.

¹¹²Voir la note de bas de page 348 du rapport du Groupe spécial Etats-Unis et la note de bas de page 455 du rapport du Groupe spécial Canada.

¹¹³Voir en particulier les paragraphes 6.99 à 6.101 du rapport du Groupe spécial Etats-Unis et les paragraphes 6.98 à 6.100 du rapport du Groupe spécial Canada.

¹¹⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.108; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.111. Les Communautés européennes elles-mêmes ont joint les actes de la Conférence de la CE de 1995 en annexe à la première communication qu'elles ont présentée au Groupe spécial dans les procédures concernant les Etats-Unis et le Canada.

¹¹⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.111; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.114.

la Conférence de la CE de 1995. Il examine les conclusions scientifiques à tirer de cette conférence mais cela ne revient pas à désigner la conférence comme une évaluation des risques.¹¹⁶

141. Quatrièmement, les Communautés européennes allèguent que la distinction établie par le Groupe spécial entre les études qui se rapportent d'une manière générale aux hormones en cause et les études qui traitent spécifiquement des résidus dans les produits alimentaires de ces hormones lorsqu'elles sont utilisées à des fins anabolisantes a été conçue dans le seul but de contester la pertinence des Monographies de 1987 du CIRC dans la présente affaire et revient à fausser des preuves scientifiques pertinentes.¹¹⁷ Nous notons toutefois que le Groupe spécial a examiné les Monographies de 1987 du CIRC mais a estimé qu'on ne pouvait pas considérer qu'elles faisaient partie d'une évaluation des risques pour les hormones en cause parce qu'elles ne traitaient pas du potentiel cancérigène de ces hormones lorsque celles-ci étaient expressément utilisées à des fins anabolisantes ni pour ce qui est des concentrations de résidus comparables à celles qui étaient présentes après une telle utilisation¹¹⁸, ni des effets négatifs que pourraient avoir la présence *dans les produits alimentaires* de résidus des hormones en cause ou les concentrations de résidus comparables à celles qui étaient présentes dans les produits alimentaires. La distinction établie par le Groupe spécial entre les études générales et les études spécifiques et sa façon de traiter les Monographies de 1987 du CIRC ne semblent donc pas arbitraires. Par ailleurs, nous notons que le Groupe spécial a conclu à titre subsidiaire que les Monographies avaient été prises en considération dans les autres études auxquelles les Communautés européennes avaient fait référence, en particulier les Rapports de 1988 et 1989 du JECFA, et qu'elles ne contredisaient pas ces études.¹¹⁹ Nous estimons que la façon dont le Groupe spécial a traité les Monographies de 1987 du CIRC ne revient pas à fausser des preuves.

142. Cinquièmement, les Communautés européennes soutiennent que le Groupe spécial n'a pas du tout examiné les "avis et preuves scientifiques présentés par les autres scientifiques des CE" et a donc agi en violation de l'article 11 du Mémoire d'accord.¹²⁰ Nous croyons savoir que les Communautés

¹¹⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.123; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.126.

¹¹⁷Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 368.

¹¹⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.127; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.130.

¹¹⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.129; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.132.

¹²⁰Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 380.

se réfèrent ici aux articles et avis de scientifiques individuels qui sont inclus dans la liste des preuves scientifiques invoquées par les Communautés européennes qui a été établie par le Groupe spécial.¹²¹ Nous notons que, contrairement à ce que les Communautés européennes prétendent, le Groupe spécial a examiné les articles et avis des scientifiques individuels. Son rapport comprend une synthèse de ces articles et avis.¹²² Toutefois, comme le Groupe spécial l'explique, les preuves scientifiques figurant dans ces articles et avis ont trait au potentiel cancérigène ou génotoxique de catégories entières d'hormones ou des hormones en cause en général, et non lorsqu'elles sont utilisées expressément à des fins anabolisantes ni pour ce qui est des concentrations de résidus comparables à celles qui sont présentes après une telle utilisation. A notre avis, la façon dont le Groupe spécial a traité les articles et avis des scientifiques individuels, comme celle dont il a traité les Monographies de 1987 du CIRC, ne revient pas à fausser des preuves.

C. *Preuves concernant la question du contrôle*

143. S'agissant de la question du contrôle, les Communautés européennes font valoir que le Groupe spécial n'a pas tenu compte des preuves présentées par les Communautés européennes¹²³ et a ignoré les déclarations faites par certains de ses propres experts.¹²⁴ Nous relevons qu'en effet le Groupe spécial n'a pas fait expressément référence à toutes les preuves qui lui avaient été communiquées au sujet du contrôle. Le Groupe spécial a constaté que les risques liés au problème général du contrôle ne devraient

¹²¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.108; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.111.

¹²²Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.130; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.133. Le Groupe spécial se réfère lui-même à certains des articles et avis, aux paragraphes 4.131 à 4.136 et 4.180 du rapport du Groupe spécial Etats-Unis et aux paragraphes 4.154 à 4.166 du rapport du Groupe spécial Canada.

¹²³Les Communautés européennes affirment qu'elles ont présenté au Groupe spécial des preuves spécifiques convaincantes établissant que le contrôle serait plus difficile dans un régime dans lequel les hormones en cause seraient autorisées (sous réserve de conditions d'utilisation précises) que dans le régime actuel des CE, où les hormones en cause étaient interdites. Elles font valoir qu'elles ont présenté au Groupe spécial des preuves manifestes spécifiant les risques qu'un contrôle inadéquat de ces hormones pouvait présenter pour la santé humaine et indiquant qu'aux Etats-Unis et au Canada il y avait eu des cas dans lesquels les LMR n'avaient pas été respectées. Enfin, elles ont présenté des preuves se rapportant aux difficultés pratiques et techniques qui sont propres au contrôle des hormones. Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphes 403 à 433.

¹²⁴Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 416. Les Communautés européennes soutiennent que, par exemple, le Groupe spécial n'a pas tenu compte de la référence faite par M. André à la mauvaise utilisation en France (voir le paragraphe 168 de l'annexe des rapports du Groupe spécial Etats-Unis et du Groupe spécial Canada) ni de la déclaration de M. McLean sur la difficulté de contrôler le traitement des animaux (voir le paragraphe 474 de l'annexe des rapports du Groupe spécial Etats-Unis et du Groupe spécial Canada).

pas être pris en compte dans l'évaluation des risques¹²⁵ et, par conséquent, ne s'est donc pas beaucoup référé aux preuves concernant la question du contrôle. En outre, nous notons que, ensuite et à titre subsidiaire, le Groupe spécial a conclu que, même si la question du contrôle, et les preuves se rapportant à cette question, pouvaient être prises en compte, les Communautés européennes n'avaient pas produit de preuves *convaincantes*. Il apparaît que le Groupe spécial a exclu ces preuves en invoquant, *comme cause de droit*, le fait qu'elles n'étaient pas pertinentes; comme on le verra plus tard, le Groupe spécial a commis une erreur de droit en affirmant que les preuves n'étaient pas pertinentes. Néanmoins, il les a examinées.¹²⁶

144. Les Communautés européennes prétendent aussi que le Groupe spécial a mal cité les déclarations de ses experts.¹²⁷ Se référant à plusieurs déclarations spécifiques¹²⁸, le Groupe spécial a indiqué que les experts qu'il avait consultés avaient dit clairement que les possibilités d'abus seraient comparables dans un régime autorisant, sous réserve de conditions précises, les hormones en cause et dans le régime communautaire actuel, où elles étaient interdites. Les Communautés européennes soutiennent que, dans les déclarations auxquelles le Groupe spécial s'est référé, les experts avaient soit indiqué expressément qu'ils se livraient à des spéculations soit assorti leurs avis de vigoureuses réserves. Après avoir lu ces déclarations soigneusement, nous arrivons à la conclusion que le Groupe spécial n'a effectivement pas rendu compte précisément de l'avis de ses experts. Cela ne signifie pas pour autant que les preuves présentées au Groupe spécial ont été ignorées ou faussées de manière fondamentale.

D. Preuves concernant l'article 5:5

145. Les Communautés européennes affirment qu'en constatant l'existence d'une différence arbitraire ou injustifiable entre, d'une part, les niveaux de protection établis pour cinq des hormones en cause et, d'autre part, ceux établis pour le carbadox et l'olaquinox¹²⁹, le Groupe spécial n'a pas tenu compte

¹²⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.146; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.149.

¹²⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.146; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.149.

¹²⁷Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 419.

¹²⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, note de bas de page 362; rapport du Groupe spécial Canada, note de bas de page 469.

¹²⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.238; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.241.

des preuves qui lui avaient été communiquées.¹³⁰ Nous constatons que le Groupe spécial a examiné en détail chacun des arguments et des preuves afférentes présentés par les Communautés européennes sur ce point précis.¹³¹ Bien que le Groupe spécial n'ait pas accepté les arguments mis en avant par les Communautés européennes, nous ne croyons pas que, ce faisant, il a fait abstraction arbitrairement des preuves qui lui avaient été communiquées ni qu'il les a manifestement faussées. Nous examinons ces arguments plus en détail plus loin.¹³²

IX. Certaines méthodes adoptées par le Groupe spécial

A. *Choix des experts et recours à des experts*

146. Les Communautés européennes estiment que le Groupe spécial a contrevenu aux dispositions de l'article 11:2 de l'*Accord SPS* ainsi qu'à celles de l'article 11, de l'article 13:2 et de l'appendice 4 du *Mémorandum d'accord* lorsqu'il a choisi des experts et qu'il a eu recours à leurs services.¹³³ Nous notons que le Groupe spécial a décidé de solliciter l'avis d'experts concernant certaines questions scientifiques et autres questions techniques soulevées par les parties au différend et que, plutôt que d'établir un groupe consultatif d'experts, il a jugé plus utile de se laisser la possibilité d'obtenir une série d'avis émanant d'experts agissant à titre individuel. Le Groupe spécial a souligné ce qui suit, entre autres choses:

¹³⁰Les Communautés européennes font valoir qu'elles ont mis en avant six raisons pour lesquelles cette distinction n'était pas arbitraire ou injustifiable mais que le Groupe spécial les a toutes rejetées et que, ce faisant, il n'a pas tenu compte des preuves qui lui avaient été communiquées. Les raisons mises en avant par les Communautés européennes étaient les suivantes: premièrement, le carbadox et l'olaquinox ne sont pas des hormones et elles ont un mode d'action différent; deuxièmement, le carbadox et l'olaquinox ont une action anabolisante en luttant contre le développement des bactéries; troisièmement, le carbadox et l'olaquinox ne sont disponibles qu'en dosages prédéterminés dans des aliments préparés pour le bétail; quatrièmement, il n'existe pas de produits de remplacement pour le carbadox et l'olaquinox; cinquièmement, il ne peut être fait un usage abusif du carbadox; et, sixièmement, le carbadox est utilisé en très petites quantités et il est à peine absorbé. Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphes 529 à 548.

¹³¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.231 à 8.238; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.234 à 8.240.

¹³²Voir les paragraphes 227 à 235 du présent rapport.

¹³³Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 587.

Nous avons cependant estimé que ni l'article 11:2 de l'Accord SPS, ni l'article 13:2 du Mémorandum d'accord ne limitaient notre droit de demander des renseignements à des experts *individuels*, conformément à l'article 11:2, première phrase, de l'Accord SPS et à l'article 13:1 et 2, première phrase, du Mémorandum d'accord.¹³⁴

147. Nous sommes du même avis que le Groupe spécial. Aussi bien l'article 11:2 de l'*Accord SPS* que l'article 13 du Mémorandum d'accord habilite les groupes spéciaux à demander des renseignements et des avis comme ils le jugent approprié pour une affaire donnée. L'article 11:2 de l'*Accord SPS* est ainsi libellé:

Dans un différend relevant du présent accord et qui soulève des questions scientifiques ou techniques, un groupe spécial devrait demander l'avis d'experts choisis par lui en consultation avec les parties au différend. A cette fin, le groupe spécial pourra, lorsqu'il le jugera approprié, établir un groupe consultatif d'experts techniques. (non souligné dans l'original)

Les dispositions pertinentes de l'article 13 du Mémorandum d'accord se lisent ainsi:

1. Chaque groupe spécial aura le droit de demander à toute personne ou à tout organisme qu'il jugera approprié des renseignements et des avis techniques. (...)
2. Les groupes spéciaux pourront demander des renseignements à toute source qu'ils jugeront appropriée et consulter des experts pour obtenir leur avis sur certains aspects de la question. A propos d'un point de fait concernant une question scientifique ou une autre question technique soulevée par une partie à un différend, les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts. (...) (non souligné dans l'original)

Nous constatons que pour ce qui est des différends portant sur des questions scientifiques ou techniques, ni l'article 11:2 de l'*Accord SPS* ni l'article 13 du Mémorandum d'accord n'empêchent un groupe spécial de consulter des experts agissant à titre individuel. L'*Accord SPS* et le Mémorandum d'accord laissent plutôt au groupe spécial la liberté de déterminer si l'établissement d'un groupe consultatif d'experts est nécessaire ou approprié.

148. L'article 11:2 de l'*Accord SPS* et l'article 13:2 du Mémorandum d'accord obligent tous deux le groupe spécial à consulter les parties au différend au moment du choix des experts. Toutefois, aucun

¹³⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.7; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.7.

des participants à la présente procédure d'appel n'a prétendu que le Groupe spécial ne l'avait pas consulté lorsqu'il a désigné les experts. En outre, il n'est pas contesté que les experts ont été choisis conformément aux procédures au sujet desquelles tous les participants s'étaient entendus auparavant.¹³⁵ De même, il n'est pas contesté que des ressortissants de chacune des parties au différend sont au nombre des experts qui ont été consultés par le Groupe spécial. Les règles et procédures énoncées à l'appendice 4 du Mémoire d'accord sont d'application lorsqu'un groupe consultatif d'experts a été établi, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence. Par conséquent, une fois que le groupe spécial a décidé de demander l'avis d'experts scientifiques agissant à titre individuel, rien ne l'empêche, d'un point de vue juridique, d'élaborer, en consultation avec les parties au différend, des règles *ad hoc* pour une affaire donnée.

149. En conséquence, nous concluons que le Groupe spécial n'a pas agi de manière incompatible avec les dispositions de l'article 11, de l'article 13:2 et de l'appendice 4 du Mémoire d'accord ni avec celles de l'article 11:2 de l'*Accord SPS* lorsqu'il a choisi des experts et qu'il a eu recours à leurs services.

B. *Droits additionnels accordés aux Etats-Unis et au Canada en qualité de tierces parties*

150. Les Communautés européennes affirment que le Groupe spécial a pris un certain nombre de décisions ayant pour effet d'accorder au Canada et aux Etats-Unis en qualité de tierces parties des droits additionnels qui ne sont pas justifiés aux termes de l'article 9:3 du Mémoire d'accord, qui sont incompatibles avec les articles 7:1, 7:2, 18:2 et 10:3 dudit mémorandum et qui n'ont pas été accordés aux autres tierces parties, et cela malgré leur protestation à l'effet que ces décisions portaient atteinte aux droits de la défense.¹³⁶ Nous rappelons que les Communautés européennes évoquent les décisions suivantes du Groupe spécial: premièrement, la décision de tenir une réunion conjointe avec les experts scientifiques; deuxièmement, la décision de mettre à la disposition du Canada tous les renseignements communiqués dans le cadre des travaux intéressant les Etats-Unis; troisièmement, la décision de mettre à la disposition des Etats-Unis tous les renseignements communiqués dans le cadre des travaux intéressant le Canada; et, quatrièmement, la décision d'inviter les Etats-Unis à assister en qualité d'observateur à la deuxième réunion de fond organisée dans le cadre de la procédure engagée par le Canada et à faire une déclaration à l'occasion de cette réunion.

¹³⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 6.1 à 6.10; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 6.1 à 6.9.

¹³⁶Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphes 605 et 612.

151. L'article 9:3 du Mémorandum d'accord est libellé ainsi:

Si plusieurs groupes spéciaux sont établis pour examiner des plaintes relatives à la même question, les mêmes personnes, dans toute la mesure du possible, feront partie de chacun de ces groupes et le calendrier des travaux des groupes spéciaux saisis de ces différends sera harmonisé.

Après avoir examiné la procédure suivie pour les deux différends, nous pensons que quatre aspects devraient être soulignés. Premièrement, les deux différends portaient sur la même question. Deuxièmement, toutes les parties aux deux différends sont convenues que les mêmes personnes seraient appelées à faire partie des deux groupes spéciaux. Troisièmement, même si la procédure engagée par le Canada a débuté plusieurs mois après celle introduite par les Etats-Unis, le Groupe spécial a réussi à terminer les deux rapports en même temps. Quatrièmement, étant donné que les mêmes personnes s'occupaient de deux différends portant sur la même question, ni le Canada ni les Etats-Unis n'étaient des tierces parties ordinaires à l'égard de la plainte de l'autre.

152. S'agissant de la décision du Groupe spécial de tenir une réunion conjointe avec les experts scientifiques, celui-ci a donné les explications suivantes:

Avant notre réunion avec les experts scientifiques, nous avons décidé qu'il s'agirait d'une réunion conjointe de ce groupe spécial-ci, demandé par le Canada, et du groupe spécial parallèle demandé par les Etats-Unis. Cette décision a été dictée par le fait que les deux affaires présentaient des éléments similaires (les mêmes mesures communautaires sont incriminées et les deux groupes spéciaux sont composés des mêmes membres) par notre décision de faire appel dans les deux affaires aux mêmes experts scientifiques et par le fait que nous ayons déjà décidé d'inviter le Canada et les Etats-Unis à participer à la réunion avec les experts scientifiques dans chacune des deux affaires. Nous avons estimé en outre que, d'un point de vue pratique, il était nécessaire d'éviter la répétition des arguments et/ou des questions lors de nos réunions avec les experts scientifiques. Les Communautés européennes ont contesté cette décision, faisant valoir que l'organisation d'une réunion conjointe avec les experts au lieu de deux réunions séparées serait probablement préjudiciable à leurs droits procéduraux en tant que défendeur. Quand elles ont allégué de façon précise qu'il y avait eu atteinte à leurs droits en tant que défendeur, nous avons pris des mesures correctives.¹³⁷

¹³⁷Rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.18; voir également le rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.14.

Nous estimons que les explications du Groupe spécial sont tout à fait raisonnables et que la décision de tenir une réunion conjointe avec les experts scientifiques est conforme à l'esprit et à la lettre de l'article 9:3 du Mémoire d'accord. Manifestement, le Groupe spécial aurait gaspillé du temps et des ressources s'il avait tenu l'une à la suite de l'autre deux réunions avec le même groupe d'experts, qui auraient exprimé deux fois leurs vues concernant les mêmes questions scientifiques et techniques au sujet des mêmes mesures communautaires incriminées. Nous estimons que le Groupe spécial ne s'est pas trompé en attendant que les Communautés européennes soient en mesure d'alléguer de façon précise qu'il y avait eu atteinte à leurs droits avant de se prononcer sur les objections de forme qu'elles avaient soulevées. Il nous semble évident que l'objection de forme soulevée par une partie à un différend devrait être suffisamment précise pour que le groupe spécial puisse se prononcer.¹³⁸

153. La décision d'utiliser tous les renseignements et de les mettre à la disposition des parties aux deux différends a été prise par le Groupe spécial eu égard à la décision qu'il avait prise antérieurement de tenir une réunion conjointe avec les experts.¹³⁹ Les Communautés européennes font valoir qu'elles ne comprennent pas comment la communication de renseignements afférent à une affaire à une partie dans une autre affaire peut contribuer à harmoniser les calendriers.¹⁴⁰ Nous pouvons constater l'existence d'un lien entre l'harmonisation des calendriers prévue à l'article 9:3 du Mémoire d'accord et l'économie d'effort. S'agissant des différends où l'évaluation des données et avis scientifiques joue un rôle important, le deuxième groupe spécial peut bénéficier des renseignements réunis dans le cadre des travaux du groupe spécial qui a été établi en premier. Le fait d'avoir accès à un même corpus de renseignements permet au groupe spécial et aux parties d'économiser du temps en leur évitant d'avoir à rassembler et à analyser deux fois les renseignements qui ont déjà été communiqués dans le cadre des autres travaux.¹⁴¹ À l'article 3:3 du Mémoire d'accord, on reconnaît qu'il est important d'éviter les retards inutiles dans le processus de règlement des différends et que le règlement rapide du différend est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC. Dans ce cas précis, le Groupe spécial a cherché

¹³⁸En outre, le Mémoire d'accord, notamment les dispositions de l'Appendice 3, laisse aux groupes spéciaux une marge discrétionnaire pour s'occuper, toujours dans le respect des droits de la défense, des situations particulières qui peuvent se poser dans un cas précis et qui n'ont pas été expressément prévues. Cela étant, un appelant qui demande à l'Organe d'appel d'annuler la décision d'un groupe spécial sur une question de procédure doit faire la preuve que cette décision lui a causé un préjudice.

¹³⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.15; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.19.

¹⁴⁰Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 610.

¹⁴¹En outre, dans le cadre de la procédure engagée par le Canada, les Communautés européennes se sont reportées à des documents qui avaient été communiqués précédemment dans le cadre de la procédure introduite par les Etats-Unis. Communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphe 216.

à éviter les retards inutiles en s'efforçant de respecter l'esprit et la lettre de l'article 9:3 du Mémoire d'accord. De fait, comme il est indiqué plus haut, même si le Canada a engagé sa procédure plusieurs mois après que les Etats-Unis eurent introduit la leur, le Groupe spécial a réussi à terminer les deux rapports en même temps.

154. S'agissant de la participation des Etats-Unis à la deuxième réunion de fond du Groupe spécial dont l'établissement avait été demandé par le Canada, le Groupe spécial a indiqué ce qui suit:

Cette décision était fondée notamment sur le fait que notre deuxième réunion de fond se tenait le lendemain de notre réunion conjointe avec les experts scientifiques et que les parties au présent différend allaient donc très vraisemblablement formuler des observations sur les preuves présentées par ces experts, qui seraient examinées dans le cadre des deux affaires, et en tirer des conclusions. Puisque le groupe spécial demandé par les Etats-Unis avait organisé sa deuxième réunion avant la réunion conjointe avec les experts scientifiques, nous avons jugé approprié, pour protéger les droits des Etats-Unis dans la procédure qu'ils avaient demandée, d'accorder à ce pays la possibilité d'assister en qualité d'observateur à notre deuxième réunion dans la présente affaire et à présenter une brève déclaration à la fin de cette réunion.¹⁴²

L'explication qui a été donnée par le Groupe spécial nous paraît raisonnable. Si celui-ci n'avait pas donné aux Etats-Unis la possibilité de participer à la deuxième réunion de fond dans le cadre de la procédure engagée par le Canada, les Etats-Unis n'auraient pas eu une possibilité de présenter des observations sur les vues exprimées par les experts scientifiques égale à celle dont ont bénéficié les Communautés européennes et le Canada. Bien que l'article 12:1 et l'appendice 3 du Mémoire d'accord n'obligent pas expressément le Groupe spécial à accorder cette possibilité aux Etats-Unis, nous estimons que cette décision ne va pas au-delà de la liberté d'appréciation raisonnable et des pouvoirs qui sont conférés au Groupe spécial, en particulier si le Groupe spécial estimait que cela était nécessaire pour protéger les droits garantis à toutes les parties en matière de défense. A cet égard, nous notons que dans l'affaire *Communautés européennes - Bananes*¹⁴³, le Groupe spécial avait estimé que des circonstances particulières justifiaient d'accorder aux tierces parties des droits un peu plus étendus que ceux expressément prévus à l'article 10 et à l'appendice 3 du Mémoire d'accord. Nous concluons donc, en l'espèce, que les circonstances justifiaient la décision du Groupe spécial d'autoriser les Etats-Unis à participer à la deuxième réunion de fond organisée dans le cadre de la procédure engagée par le Canada.

¹⁴²Rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.20.

¹⁴³Rapport adopté le 25 septembre 1997, WT/DS27/AB/R.

C. *Différence existant entre les allégations juridiques et les arguments*

155. Faisant valoir que les groupes spéciaux ne sont pas habilités à établir des constatations qui vont au-delà de ce qui leur a été demandé par les parties, les Communautés européennes affirment que le Groupe spécial a eu tort de fonder la plus grande partie de son argumentation concernant l'article 5:5 de l'*Accord SPS* sur une allégation qui n'avait pas été faite par les parties plaignantes.¹⁴⁴ Selon les Communautés européennes, les parties plaignantes ne se sont pas plaintes d'une prétendue différence de traitement entre, d'une part, les hormones naturelles et de synthèse exogènes ou ajoutées artificiellement utilisées à des fins anabolisantes et, d'autre part, les hormones endogènes naturellement présentes dans la viande non traitée et d'autres aliments (comme le lait, le chou, le brocoli ou les oeufs). Les Communautés européennes font remarquer qu'il n'est nulle part fait mention de cet argument dans les parties des rapports du Groupe spécial dans lesquelles sont résumés les arguments concernant l'article 5:5.

156. Etant donné que dans la demande d'établissement d'un groupe spécial à l'origine de la procédure engagée par les Etats-Unis¹⁴⁵ ainsi que dans celle à l'origine de la procédure introduite par le Canada¹⁴⁶ les deux parties plaignantes ont allégué que la prohibition des Communautés européennes était incompatible avec l'article 5 de l'*Accord SPS*, nous estimons qu'en soulevant cette objection, les Communautés européennes ont omis de tenir compte de la distinction qui existe entre les allégations juridiques présentées par la partie plaignante et les arguments utilisés par celle-ci pour étayer ses allégations juridiques. S'agissant de l'affaire *Inde - Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, nous avons dit:

Nous avons ... indiqué dans l'affaire *Brésil - Noix de coco desséchée* que toutes les allégations devaient figurer dans la demande d'établissement d'un groupe spécial pour relever du mandat du groupe spécial, en nous fondant sur la pratique des groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 et des codes du Tokyo Round. Cette pratique antérieure voulait qu'une allégation soit exposée dans les documents auxquels il est fait référence ou qui sont contenus dans le mandat pour pouvoir faire partie de la "question" portée devant un groupe spécial pour examen. Nous fondant sur cette pratique antérieure et sur les dispositions du Mémoire d'accord, nous avons observé, dans l'affaire *Communautés européennes - Bananes*, qu'il y avait une

¹⁴⁴Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphes 495 et 594.

¹⁴⁵WT/DS26/6, 25 avril 1996.

¹⁴⁶WT/DS48/5, 17 septembre 1996.

grande différence entre les *allégations* indiquées dans la demande d'établissement d'un groupe spécial, qui déterminent le mandat du groupe spécial au titre de l'article 7 du Mémoire d'accord, et les *arguments* étayant ces allégations, qui sont exposés et progressivement précisés dans les premières communications écrites, dans les communications présentées à titre de réfutation et lors des première et deuxième réunions du groupe spécial avec les parties.¹⁴⁷ (les notes de bas de page ne sont pas reproduites)

Les groupes spéciaux ne peuvent examiner les allégations juridiques qui débordent le cadre de leur mandat. Cependant, aucune disposition du Mémoire d'accord ne restreint la faculté d'un groupe spécial d'utiliser librement les arguments présentés par l'une ou l'autre des parties - ou de développer sa propre argumentation juridique - pour étayer ses constatations et conclusions concernant la question à l'examen. Un groupe spécial pourrait fort bien ne pas être en mesure de procéder à une évaluation objective de la question, comme l'exige l'article 11 du Mémoire d'accord, s'il devait limiter son argumentation aux seuls arguments présentés par les parties au différend. Etant donné qu'en l'occurrence les deux parties plaignantes ont allégué que les mesures communautaires étaient incompatibles avec l'article 5:5 de l'*Accord SPS*, nous concluons que le Groupe spécial n'a établi aucune constatation juridique allant au-delà de ce qui lui avait été demandé par les parties.

X. Interprétation des paragraphes 1 et 3 de l'article 3 de l'*Accord SPS*

157. Les Communautés européennes en appellent de la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les Communautés européennes, en maintenant des mesures SPS qui ne sont pas fondées sur des normes internationales existantes sans justification au regard de l'article 3:3 de l'*Accord SPS*, ont agi d'une manière incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 3:1 de cet accord.

158. On verra plus loin que le Groupe spécial dit en fait que les Communautés européennes ont agi d'une manière incompatible avec les prescriptions prévues à la fois au paragraphe 1 et au paragraphe 3 de l'article 3 de l'*Accord SPS*, position qui s'explique par le fait qu'il existerait selon le Groupe spécial un rapport "règle générale - exception" entre le paragraphe 1 et le paragraphe 3 de l'article 3, opinion que nous ne partageons pas, comme nous l'avons indiqué.¹⁴⁸

¹⁴⁷Rapport adopté le 16 janvier 1998, WT/DS50/AB/R, paragraphe 88.

¹⁴⁸Voir les paragraphes 104 et 106 du présent rapport.

159. La conclusion du Groupe spécial citée plus haut comporte trois volets: premièrement, il existe des normes, directives et recommandations internationales concernant la viande et les produits carnés provenant de bovins auxquels cinq des hormones en cause ont été administrées à des fins anabolisantes; deuxièmement, les mesures communautaires incriminées ne sont pas établies sur la base des normes, directives et recommandations pertinentes élaborées par le Codex puisque ces mesures ne sont pas conformes auxdites normes, directives et recommandations; et, troisièmement, les mesures communautaires "ne sont pas justifiées au regard" des prescriptions de l'article 3:3, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas conformes à ces prescriptions. Pour parvenir à cette conclusion, le Groupe spécial a établi trois interprétations juridiques qui ont toutes fait l'objet d'un appel de la part des Communautés européennes et qui doivent être examinées: la première concerne le sens de l'expression "sur la base de" telle qu'elle est utilisée à l'article 3:1; la deuxième concerne la relation existant entre les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 3 de l'*Accord SPS*; et la troisième intéresse les prescriptions de l'article 3:3 de l'*Accord SPS*. Comme on peut le supposer, les trois interprétations du Groupe spécial sont imbriquées.

A. *Le sens de l'expression "sur la base de" telle qu'elle est utilisée à l'article 3:1 de l'Accord SPS*

160. L'article 3:1 dispose ce qui suit:

Afin d'harmoniser le plus largement possible les mesures sanitaires et phytosanitaires, les Membres établiront leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base de normes, directives ou recommandations internationales, dans les cas où il en existe, sauf disposition contraire du présent accord, et en particulier les dispositions du paragraphe 3.

161. Examinant le sens à donner à l'expression "sur la base de", le Groupe spécial a construit les interprétations suivantes:

L'expression *sur la base de*, telle qu'elle est utilisée à l'article 3:1, n'est pas définie expressément dans l'*Accord SPS*. Toutefois, l'article 3:2, qui introduit une présomption de compatibilité à la fois avec l'*Accord SPS* et le GATT pour les mesures sanitaires qui sont conformes aux normes internationales, assimile les mesures établies sur la base de normes internationales à des mesures qui sont conformes à ces normes. L'article 3:3, quant à lui, rattache expressément la définition de mesures sanitaires établies sur la base de normes internationales au niveau de protection sanitaire obtenu avec ces mesures. L'article 3:3 pose les conditions qui doivent être remplies

pour qu'un Membre adopte ou maintienne des mesures sanitaires qui *ne sont pas* établies sur la base de normes internationales. Il s'applique plus précisément aux mesures "qui entraînent un *niveau* de protection sanitaire ... *plus élevé* que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes ... internationales pertinentes" ou aux mesures "qui entraîne[nt] un *niveau* de protection sanitaire ... *différent* de celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes ... internationales". L'un des éléments déterminants pour décider de la question de savoir si une mesure est établie sur la base d'une norme internationale est donc le niveau de protection que cette mesure permet d'obtenir. Aux termes de l'article 3:3, toutes les mesures qui sont établies sur la base d'une norme internationale donnée devraient en principe permettre d'obtenir le même niveau de protection sanitaire. Par conséquent, si une norme internationale correspond à un niveau précis de protection sanitaire et qu'une mesure sanitaire suppose un niveau différent, cette mesure ne peut être considérée comme étant établie sur la base de la norme internationale.

Nous constatons donc que pour qu'une mesure sanitaire soit établie sur la base d'une norme internationale conformément à l'article 3:1, cette mesure doit permettre d'obtenir le même niveau de protection sanitaire que la norme. Il faut donc en l'espèce comparer le niveau de protection que permettent d'obtenir les mesures communautaires incriminées et celui que permettent d'obtenir les normes du Codex pour chacune des cinq hormones en question.¹⁴⁹ (non souligné dans l'original)

162. Pour nous, l'interprétation du Groupe spécial selon lequel l'article 3:2 "assimile" les mesures établies "sur la base de" normes internationales à des mesures qui sont "conformes à" ces normes signifie que les expressions "sur la base de" et "conformes à" ont un sens identique. Le Groupe spécial dit donc, par voie de conséquence, que les mesures SPS des Membres *doivent* être "conformes aux" normes, directives et recommandations du Codex.

163. Nous ne pouvons nous rallier à cette interprétation du Groupe spécial. Tout d'abord, le sens ordinaire de l'expression "sur la base de" est fort différent de la signification ordinaire ou normale de l'expression "conforme à". "Sur la base de" quelque chose signifie communément "en partant de cela, en prenant cela comme principe fondamental, comme point de départ".¹⁵⁰ Par contre, il faut beaucoup plus pour que quelque chose puisse être considéré comme "conforme à" une autre chose, puisque le mot conforme "se dit de ce qui correspond exactement à la norme, à la règle ...".¹⁵¹ Une

¹⁴⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.72 et 8.73; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.75 et 8.76.

¹⁵⁰Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse, tome 1, Librairie Larousse, Paris, 1982, page 1075.

¹⁵¹Grand Dictionnaire encyclopédique Larousse, tome 3, Librairie Larousse, Paris, 1982, page 2509.

mesure qui est "conforme à" une norme du Codex et qui l'incorpore est, bien entendu, établie "sur la base de" cette norme. Cependant, une mesure établie sur la base de la même norme peut ne pas être conforme à cette norme lorsque, par exemple, seulement quelques-uns des éléments et non pas tous les éléments de la norme ont été incorporés à la mesure.

164. Deuxièmement, les expressions "sur la base de" et "conforme à" sont utilisées dans différents articles ainsi que dans différents paragraphes du même article. Ainsi, on a utilisé à l'article 2:2 de la version française l'expression "fondée sur", tandis que l'expression "conformes aux" a été employée à l'article 2:4. L'article 3:1 engage les Membres à établir leurs mesures SPS "sur la base de" normes internationales; cependant, il est question à l'article 3:2 de mesures "conformes aux" normes internationales. Dans la version française de l'article 3:3, on parle là encore de mesures "fondées sur" les normes internationales. Cela laisse supposer que le choix et l'utilisation de mots différents en différents endroits de l'*Accord SPS* sont délibérés et qu'on a voulu utiliser des mots différents parce que leur sens est différent. L'interprète d'un traité ne peut supposer que les Membres qui ont négocié et rédigé l'*Accord* ont procédé ainsi par simple inadvertance.¹⁵² Le Canada a laissé entendre que l'emploi de termes différents était "fortuit" en l'occurrence, mais il n'a présenté aucun argument convaincant pour étayer cette opinion. A notre avis, cette opinion n'invalide pas l'inférence selon laquelle il y a eu choix délibéré.

165. Troisièmement, l'interprétation du Groupe spécial va à l'encontre de l'objet et du but de l'article 3. Ce but, aux termes de l'article 3:1, consiste "[à] harmoniser le plus largement possible les mesures [SPS] ...". En outre, il est indiqué dans le préambule de l'*Accord SPS* que les Membres "désire[nt] ... *favoriser l'utilisation de mesures [SPS] entre les Membres*, sur la base de normes, directives et recommandations internationales élaborées par les organisations internationales compétentes ..." (non souligné dans l'original). L'article 12:1 institue un Comité des mesures sanitaires et phytosanitaires; celui-ci est chargé, entre autres choses, d'"*exercer les fonctions nécessaires ... à la réalisation [des] objectifs [de l'Accord]*" et (aux termes de l'article 12:2) d'"*encourager l'utilisation des normes, directives ou recommandations internationales par tous les Membres*". Il est clair pour nous que l'harmonisation des mesures SPS des Membres sur la base de normes internationales est envisagée dans l'*Accord* comme un *objectif* qui reste à réaliser à l'*avenir*. Interpréter l'article 3:1 comme obligeant les Membres à harmoniser leurs mesures SPS *en les rendant conformes dès à présent aux normes, directives et recommandations internationales* revient en fait à conférer à ces normes, directives et recommandations

¹⁵²Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis - Vêtements de dessous*, adopté le 25 février 1997, WT/DS24/AB/R, page 18.

internationales (qui ont valeur de *recommandations* aux termes du Codex¹⁵³) une force et un effet *exécutoires*. Autrement dit, l'interprétation que le Groupe spécial donne à l'article 3:1 transformerait ces normes, directives et recommandations en *normes* contraignantes. Mais, comme nous l'avons déjà fait remarquer, rien n'indique dans l'*Accord SPS* que les Membres ont eu l'intention d'agir ainsi. Nous ne pouvons pas supposer à la légère que des Etats souverains ont eu l'intention de s'imposer à eux-mêmes une obligation plus lourde les forçant à *se conformer* à ces normes, directives et recommandations ou à les *respecter*, plutôt qu'une obligation moins contraignante.¹⁵⁴ Pour étayer une telle hypothèse et justifier une interprétation aussi large, il faudrait que le libellé du traité soit beaucoup plus précis et contraignant que celui que l'on trouve à l'article 3 de l'*Accord SPS*.

166. Par conséquent, nous ne pouvons nous rallier à l'interprétation du Groupe spécial selon laquelle l'expression "sur la base de" signifie la même chose que "conforme à".

167. Après avoir "assimilé" à tort les mesures établies "sur la base d'" une norme internationale aux mesures qui sont "conformes à" cette norme¹⁵⁵, le Groupe spécial est passé à l'examen de l'article 3:3. Selon lui, l'article 3:3 "rattache expressément la définition de mesures sanitaires établies *sur la base de* normes internationales au niveau de protection sanitaire obtenu avec ces mesures".

¹⁵³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.59; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.62.

¹⁵⁴La règle d'interprétation *in dubio mitius*, largement considérée en droit international comme un "moyen supplémentaire d'interprétation", a été définie dans les termes suivants:

La règle *in dubio mitius* est utilisée dans l'interprétation des traités par égard à la souveraineté des Etats. Si le sens d'un terme est ambigu, il faut privilégier le sens qui est le moins contraignant pour la partie qui assume une obligation, ou qui porte le moins atteinte à la souveraineté territoriale et personnelle d'une partie ou encore qui impose aux parties des restrictions de nature moins générale.

R. Jennings et A. Watts (éd.) *Oppenheim's International Law*, 9ème édition, vol. I (Longman, 1992) page 1278. La jurisprudence applicable en l'occurrence comprend: *Affaire des essais nucléaires (Australie c. France)* (1974), Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice, page 267; *Accès des navires de guerre polonais dans le port de Dantzig* (1931), Arrêts, ordonnances et avis consultatifs de la Cour permanente de justice internationale, série A/B, fascicule n° 43, page 142; *USA-France Air Transport Services Arbitration* (1963), 38 International Law Reports 243 (tribunal d'arbitrage); *De Pascale Claim* (1961), 40 International Law Reports 250 (Commission de conciliation Italie-Etats-Unis). Voir aussi I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4ème édition (Clarendon Press, 1990), page 631; C. Rousseau, *Droit international public*, vol. I (1990), page 273; D. Carreau, *Droit international*, 4ème édition (Editions A. Pedone, 1994), page 142; M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 9ème édition, vol. I (Editorial Tecnos, 1991), pages 163 et 164; et B. Conforti, *Diritto Internazionale*, 3ème édition (Editoriale Scientifica, 1987), pages 99 et 100.

¹⁵⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.72; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.75.

Le Groupe spécial interprète ensuite l'article 3:3 en disant que "toutes les mesures qui sont établies sur la base d'une norme internationale donnée devraient *en principe* permettre d'obtenir le *même* niveau de protection sanitaire" et il fait valoir, *a contrario*, que "si une mesure sanitaire suppose un niveau *différent* (de celui qui correspond à la norme internationale), cette mesure ne peut être considérée comme étant établie *sur la base de* la norme internationale". Le Groupe spécial conclut en disant que, aux termes de l'article 3:1, "pour qu'une mesure sanitaire soit établie *sur la base d'*une norme internationale ..., cette *mesure* doit permettre d'obtenir le même niveau de protection sanitaire que la *norme*".¹⁵⁶

168. Il semble donc que le Groupe spécial a fait dire à l'article 3:3 beaucoup plus de choses que ce qui peut être raisonnablement étayé par le véritable libellé de l'article 3:3. De plus, toute son analyse repose sur une prémisse fautive voulant que l'expression "sur la base de", telle qu'elle est utilisée aux paragraphes 1 et 3 de l'article 3, signifie la même chose que le terme "conforme à", tel qu'il est employé aux paragraphes 2 du même article. Comme nous l'avons déjà indiqué, nous nous voyons forcés de rejeter cette prémisse parce qu'elle constitue une erreur de droit. Il faudra cependant attendre une autre occasion et une autre affaire avant de se prononcer sur la justesse du reste de l'interprétation complexe à laquelle le Groupe spécial s'est livré et d'examiner les conséquences du critère qu'il a retenu.

B. *Relation existant entre les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 3 de l'Accord SPS*

169. Nous examinons maintenant la relation qui existe entre les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 3 de l'Accord SPS. Comme nous l'avons fait observer plus haut, le Groupe spécial a assimilé le paragraphe 1 de l'article 3 au paragraphe 2 du même article, qualifiant l'ensemble d'"exception générale", et lui a opposé le paragraphe 3 de l'article 3, considéré comme étant l'"exception". Pour nous, cette opinion correspond à une représentation erronée des différentes situations qui peuvent relever de l'article 3, c'est-à-dire lorsqu'il existe une norme, directive ou recommandation internationale pertinente.

170. Conformément au paragraphe 2 de l'article 3 de l'Accord SPS, un Membre peut décider de promulguer une mesure SPS qui est en conformité avec une norme internationale. Cette mesure incorporerait complètement la norme internationale et la transformerait en pratique en une norme nationale. Pareille mesure bénéficie d'une présomption (quoique réfragable) de compatibilité avec les dispositions pertinentes de l'Accord SPS et du GATT de 1994.

¹⁵⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.73; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.76.

171. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 3 de l'*Accord SPS*, un Membre peut choisir d'établir une mesure SPS sur la base d'une norme, directive ou recommandation internationale pertinente qui existe déjà. Cette mesure peut retenir quelques-uns des éléments de la norme internationale, sans nécessairement les incorporer tous. Le Membre imposant cette mesure ne bénéficie pas de la présomption de compatibilité accordée au paragraphe 2 de l'article 3; mais, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, il n'est pas pénalisé parce qu'un Membre plaignant n'est pas exempté de l'obligation normale de présenter un commencement de preuve d'incompatibilité avec le paragraphe 1 de l'article 3 ou avec n'importe quel autre article pertinent de l'*Accord SPS* ou du GATT de 1994.

172. Conformément au paragraphe 3 de l'article 3 de l'*Accord SPS*, un Membre peut décider d'établir pour lui-même un niveau de protection différent de celui auquel correspond implicitement la norme internationale et de l'appliquer dans le cadre d'une mesure ou de l'incorporer dans une mesure qui n'est pas établie "sur la base de" la norme internationale. Le niveau de protection approprié du Membre peut être plus élevé que celui prévu dans la norme internationale. Le droit qu'a un Membre de déterminer le niveau de protection sanitaire qui est approprié pour lui est un droit important. Cela ressort clairement du sixième paragraphe du préambule de l'*Accord SPS*:

Les Membres,

...

Désireux de favoriser l'utilisation de mesures sanitaires et phytosanitaires harmonisées entre les Membres, sur la base de normes, directives et recommandations internationales élaborées par les organisations internationales compétentes, dont la Commission du Codex Alimentarius, l'Office international des épizooties, et les organisations internationales et régionales compétentes opérant dans le cadre de la Convention internationale pour la protection des végétaux, sans exiger d'aucun Membre qu'il modifie le niveau de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux qu'il juge approprié, (non souligné dans l'original).

Comme on l'a noté plus haut, ce droit qu'a un Membre d'établir son propre niveau de protection au titre de l'article 3:3 de l'*Accord SPS* est un droit autonome et *non* une "exception" à une "obligation générale" au titre de l'article 3:1.

C. *Conditions posées par l'article 3:3 de l'Accord SPS*

173. Néanmoins, le droit qu'a un Membre de définir son niveau de protection approprié n'est pas un droit absolu qui ne comporterait aucune réserve. Cela est clairement indiqué à l'article 3:3:

Les Membres pourront introduire ou maintenir des mesures sanitaires ou phytosanitaires qui entraînent un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes s'il y a une justification scientifique ou si cela est la conséquence du niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'un Membre juge approprié conformément aux dispositions pertinentes des paragraphes 1 à 8 de l'article 5.² Nonobstant ce qui précède, aucune mesure qui entraîne un niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire différent de celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur les normes, directives ou recommandations internationales se sera incompatible avec une autre disposition du présent accord.

²Aux fins du paragraphe 3 de l'article 3, il y a une justification scientifique si, sur la base d'un examen et d'une évaluation des renseignements scientifiques disponibles conformément aux dispositions pertinentes du présent accord, un Membre détermine que les normes, directives ou recommandations internationales pertinentes ne sont pas suffisantes pour obtenir le niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire qu'il juge approprié.

174. Les Communautés européennes font valoir que deux situations sont visées par l'article 3:3 et que leurs mesures SPS se trouvent dans la première de ces situations.¹⁵⁷ Elles prétendent qu'elles maintiennent des mesures SPS "qui entraînent un niveau de protection ... plus élevé que celui qui serait obtenu avec des mesures fondées sur la norme, directive ou recommandation pertinente" du Codex et qu'"il y a une justification scientifique" pour ces mesures.¹⁵⁸ Par conséquent, elles font aussi valoir que l'obligation de procéder à une évaluation des risques, faite à l'article 5:1, ne s'applique pas à elles. Par ailleurs, les Communautés européennes ont insisté pour dire que leurs mesures satisfaisaient aux exigences de l'article 2:2.¹⁵⁹

¹⁵⁷Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphes 240 à 244.

¹⁵⁸Accord SPS, article 3:3.

¹⁵⁹Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 88.

175. L'article 3:3 n'est manifestement pas un modèle de précision en matière de rédaction et de communication. L'emploi de la conjonction "ou" indique qu'on voulait viser deux situations. Celles-ci sont l'introduction ou le maintien de mesures SPS qui entraînent un niveau de protection plus élevé:

- a) "s'il y a une justification scientifique"; ou
- b) "si cela est la conséquence du niveau de protection ... qu'un Membre juge approprié conformément aux dispositions pertinentes des paragraphes 1 à 8 de l'article 5".

Il est vrai qu'il n'est pas fait mention, en ce qui concerne le point a), des paragraphes 1 à 8 de l'article 5. Néanmoins, il faut relever deux points. Premièrement, la dernière phrase de l'article 3:3 dispose qu'"aucune mesure qui entraîne un niveau de protection ... [plus élevé]", c'est-à-dire les mesures visées au point a) ainsi que celles visées au point b) ci-dessus, "ne sera incompatible avec une autre disposition de l'Accord [SPS]". Littéralement, l'article 5 est compris dans l'expression "une autre disposition du présent accord". Deuxièmement, même si le renvoi à la note de bas de page figure à la fin de la première phrase, l'expression "justification scientifique" est définie dans la note de bas de page relative au paragraphe 3 de l'article 3 comme étant "un examen et une évaluation des renseignements scientifiques disponibles conformément aux dispositions pertinentes du présent accord ...". Cet examen et cette évaluation semblent de même nature que l'évaluation des risques prescrite à l'article 5:1 et définie au paragraphe 4 de l'annexe A de l'*Accord SPS*.

176. Tout bien considéré, nous ne contestons pas la constatation du Groupe spécial selon laquelle les Communautés européennes étaient tenues de satisfaire aux exigences de l'article 5:1 même si elles avaient établi pour elles-mêmes un niveau de protection plus élevé, ou plus astreignant, que celui prévu dans les normes, directives ou recommandations pertinentes du Codex. Nous sommes conscients que cette constatation semble indiquer que la distinction faite à l'article 3:3 entre deux situations peut avoir une portée très limitée et être, pour cette raison, plus apparente que réelle. De fait, son libellé contourné et couché par strates ne nous laisse guère d'autre choix.

177. La prise en considération de l'objet et du but de l'article 3 et de l'*Accord SPS* dans son ensemble renforce notre sentiment que le respect de l'article 5:1 visait à faire contreponds au droit des Membres de fixer leur niveau de protection approprié. De manière générale, l'objet et le but de l'article 3 consistent à favoriser l'harmonisation la plus large possible des mesures SPS des Membres, tout en reconnaissant que les Membres ont le droit et le devoir de protéger la vie et la santé de leur population

et en leur garantissant ce droit. L'harmonisation des mesures SPS a pour ultime objectif d'empêcher que ces mesures exercent une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres ou qu'elles constituent une restriction déguisée au commerce international, sans pour autant empêcher les Membres d'adopter ou de faire appliquer des mesures qui sont à la fois "nécessaires à la protection" de la vie et de la santé des personnes et "fondées sur des principes scientifiques", et cela sans les obliger à modifier leur niveau de protection approprié. L'obligation de procéder à une évaluation des risques, qui est faite à l'article 5:1, et la prescription relative aux "preuves scientifiques suffisantes" énoncée à l'article 2:2, sont essentielles pour maintenir l'équilibre fragile qui a été soigneusement négocié dans l'*Accord SPS* entre les intérêts partagés quoique parfois divergents qui consistent à promouvoir le commerce international et à protéger la vie et la santé des êtres humains. Nous concluons que la constatation du Groupe spécial selon laquelle les Communautés européennes sont tenues, aux termes de l'article 3:3, de satisfaire aux exigences de l'article 5:1 est correcte et, par conséquent, nous rejetons l'appel des Communautés européennes au sujet de cette décision du Groupe spécial.

XI. Interprétation des articles 5:1 et 2 de l'*Accord SPS*: établissement des mesures SPS sur la base d'une évaluation des risques

178. Nous examinons maintenant l'appel des Communautés européennes concernant la conclusion du Groupe spécial selon laquelle, en maintenant des mesures SPS qui ne sont pas établies sur la base d'une évaluation des risques, les Communautés européennes ont agi d'une manière incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 5:1 de l'*Accord SPS*.

179. L'article 5:1 de l'*Accord SPS* renferme les dispositions suivantes:

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

A. *Interprétation de l'expression "évaluation des risques"*

180. D'entrée de jeu, il faut soulever deux considérations préliminaires. La première est que le Groupe spécial a estimé que l'article 5:1 pouvait être considéré comme une application spécifique des obligations fondamentales énoncées à l'article 2:2 de l'*Accord SPS*¹⁶⁰, qui se lit ainsi:

Les Membres feront en sorte qu'une mesure sanitaire ou phytosanitaire ne soit appliquée que dans la mesure nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, qu'elle soit fondée sur des principes scientifiques et qu'elle ne soit pas maintenue sans preuves scientifiques suffisantes, exception faite de ce qui est prévu au paragraphe 7 de l'article 5. (non souligné dans l'original)

Nous admettons cette considération d'ordre général et tenons à souligner aussi que les articles 2:2 et 5:1 devraient toujours être lus ensemble. L'article 2:2 éclaire l'article 5:1: les éléments qui définissent l'obligation fondamentale énoncée à l'article 2:2 donnent un sens à l'article 5:1.

181. La deuxième considération préliminaire concerne les efforts déployés par le Groupe spécial pour établir une distinction entre "évaluation des risques" et "gestion des risques". Le Groupe spécial a fait remarquer que l'évaluation des risques, du moins en ce qui concerne les risques pour la vie et la santé des personnes, est un examen "scientifique" des données et des études factuelles; ce n'est pas, de l'avis du Groupe spécial, une démarche "politique" faisant appel à des jugements de valeur à caractère social qui seraient posés par des organes politiques.¹⁶¹ Le Groupe spécial qualifie cette démarche de "non scientifique" en ajoutant qu'elle tient plutôt de la "gestion des risques" que de l'"évaluation des risques".¹⁶² Nous devons souligner, à cet égard, qu'il n'est fait mention que d'"évaluation des risques" à l'article 5 et à l'annexe A de l'*Accord SPS* et que l'expression "gestion des risques" ne figure ni à l'article 5 ni dans aucune autre disposition de l'*Accord SPS*. Par conséquent, la distinction que le Groupe spécial semble avoir établie pour parvenir à sa notion restrictive d'évaluation des risques ou pour étayer cette notion n'a aucun fondement dans le texte de l'Accord. En matière d'interprétation des traités, la règle fondamentale veut que l'interprète du traité lise et interprète les mots qui ont été effectivement utilisés dans l'accord à l'examen et non les mots qui auraient dû être utilisés à son avis.

¹⁶⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.93; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.96.

¹⁶¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.94; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.97.

¹⁶²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.95; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.98.

1. L'évaluation des risques et la notion de "risque"

182. La définition conventionnelle de l'expression évaluation des risques se trouve au paragraphe 4 de l'annexe A de l'Accord SPS. Cette définition, dans la mesure où elle est pertinente en l'espèce, se lit ainsi:

... évaluation des effets négatifs que pourrait avoir sur la santé des personnes et des animaux (*potential for adverse effects on human or animal health*) (la présence d'additifs, de contaminants, de toxines ou d'organismes pathogènes dans les produits alimentaires, les boissons ou les aliments pour animaux. (non souligné dans l'original)

183. Interprétant cette définition, le Groupe spécial conçoit l'évaluation des risques comme un processus en deux étapes qui "devrait permettre i) d'identifier les *effets négatifs* sur la santé des personnes (le cas échéant) résultant de la présence des hormones en cause, lorsqu'elles sont utilisées comme activateurs de croissance dans les viandes ..., et ii) si de tels effets négatifs existent, d'évaluer la *possibilité* ou probabilité (*evaluate the potential or probability*) que ces effets se produisent".¹⁶³

184. Les Communautés européennes en appellent de cette interprétation en faisant valoir que la notion de risque et d'évaluation des risques sur laquelle elle repose est erronée. Bien que l'on puisse débattre de l'utilité d'une analyse en deux étapes, celle-ci ne nous semble pas contre-indiquée au fond. Ce qu'il faut souligner à ce stade, c'est que l'emploi par le Groupe spécial - dans la version anglaise de son rapport - du mot "*probability*" comme synonyme du terme "*potential*" pose une difficulté considérable. Le sens ordinaire de "potentiel" s'apparente à celui de "possibilité", mais il diffère du sens ordinaire de "probabilité".¹⁶⁴ Le terme "probabilité" suppose donc un degré plus élevé ou un seuil de potentialité ou de possibilité. Il nous semble donc que le Groupe spécial veut ainsi apporter une dimension quantitative à la notion de risque.

¹⁶³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.98; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.101.

¹⁶⁴Dans le dictionnaire, on définit "potentiel" comme ce "qui existe en puissance (virtuel), n'a pas d'effet actuel", par opposition à "actuel"; P. Robert, *Le Grand Robert de la langue française*, tome VII, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1985, page 645. Par contre, le mot "probabilité" est défini dans les termes suivants: "apparence, raison, indice qui pousse à penser qu'une chose est probable, qui permet de conjecturer ce qui s'est produit ou ce qui se produira"; id., page 783.

185. S'agissant de l'examen d'une déclaration faite par M. Lucier à l'occasion de la réunion conjointe qui a été organisée avec les experts en février 1997¹⁶⁵, le Groupe spécial dit que le risque mentionné par cet expert est une estimation qui "ne représente qu'une fourchette statistique de 0 à 1 sur un million, et non un risque scientifiquement identifié".¹⁶⁶ Les Communautés européennes protestent énergiquement en disant qu'en raisonnant ainsi, le Groupe spécial oblige effectivement les Membres à procéder à une évaluation des risques pour quantifier les effets négatifs potentiels sur la santé des personnes.¹⁶⁷

186. Nous ne savons pas quel sens le Groupe spécial donne exactement à l'expression "risque scientifiquement identifié". Le Groupe spécial emploie aussi fréquemment l'expression "risque identifiable"¹⁶⁸, qu'il ne définit pas non plus. On pourrait penser que le Groupe spécial a utilisé les expressions "risque scientifiquement identifié" et "risque identifiable" pour désigner simplement un risque vérifiable: si un risque n'est pas vérifiable, comment un Membre peut-il connaître ou démontrer son existence? Dans une partie de ses rapports, le Groupe spécial oppose une prescription de "risque identifiable" à l'incertitude qui subsiste toujours sur le plan théorique puisque la science ne peut *jamais* offrir la certitude *absolue* qu'une substance donnée n'aura *jamais* d'effet négatif sur la santé.¹⁶⁹ Nous convenons avec le Groupe spécial que cette incertitude théorique n'est pas le genre de risque qui doit être évalué aux termes de l'article 5:1. Cependant, dans une autre partie de ses rapports, le Groupe spécial semble avoir utilisé l'expression "risque scientifiquement identifié" pour indiquer implicitement qu'un certain *ordre de grandeur* ou seuil de risque doit être établi dans le cadre de l'évaluation des risques pour qu'une mesure SPS établie sur la base de cette évaluation puisse être considérée comme compatible avec l'article 5:1.¹⁷⁰ Dans la mesure où le Groupe spécial a voulu que l'évaluation des risques permette d'établir pour le risque un ordre de grandeur minimal, nous devons constater que l'imposition d'une telle prescription quantitative ne s'appuie sur aucune disposition de l'*Accord SPS*. Un groupe spécial ne peut que déterminer si une mesure SPS donnée est établie ou non "sur la base

¹⁶⁵Paragraphe 819 de l'annexe des rapports du Groupe spécial Etats-Unis et du Groupe spécial Canada.

¹⁶⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, note de bas de page 331; rapport du Groupe spécial Canada, note de bas de page 437.

¹⁶⁷Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphes 392 à 397.

¹⁶⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.124, 8.134, 8.136, 8.151, 8.153, 8.161 et 8.162; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.127, 8.137, 8.139, 8.154, 8.156, 8.164 et 8.165.

¹⁶⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.152 et 8.153; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.155 et 8.156.

¹⁷⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, note de bas de page 331; rapport du Groupe spécial Canada, note de bas de page 437.

d'"une évaluation des risques. Comme on le verra plus loin, cela signifie qu'un groupe spécial doit statuer sur la question de savoir si une mesure SPS est suffisamment étayée ou raisonnablement justifiée par l'évaluation des risques.

2. Eléments devant être pris en considération aux fins de l'évaluation des risques

187. L'article 5:2 de l'*Accord SPS* nous donne une idée des éléments qui devraient être pris en considération dans l'évaluation des risques. Il y est dit:

Dans l'évaluation des risques, les Membres tiendront compte des preuves scientifiques disponibles; des procédés et méthodes de production pertinents; des méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes; de la prévalence de maladies ou de parasites spécifiques; de l'existence de zones exemptes de parasites ou de maladies; des conditions écologiques et environnementales pertinentes; et des régimes de quarantaine ou autres.

L'énumération qui figure à l'article 5:2 commence par "preuves scientifiques disponibles"; ce n'est toutefois que le commencement. Nous notons à cet égard que le Groupe spécial dit, au sujet des mesures communautaires en cause, que l'évaluation des risques prescrite à l'article 5:1 est "un processus scientifique visant à établir la base scientifique de la mesure sanitaire qu'un Membre envisage de prendre".¹⁷¹ Dans la mesure où le Groupe spécial voulait parler d'un processus caractérisé par une analyse et un examen systématiques rigoureux et objectif, c'est-à-dire une méthode d'étude et d'analyse des faits et des avis, la déclaration du Groupe spécial est irréprochable.¹⁷² Cependant, dans la mesure où le Groupe spécial a voulu exclure du champ de l'évaluation des risques au sens de l'article 5:1 toutes les questions qui ne se prêtaient pas à une analyse quantitative au moyen des méthodes de laboratoire empiriques ou expérimentales communément associées aux sciences physiques, nous estimons que le Groupe spécial a eu tort. Certains des éléments énumérés à l'article 5:2, comme "des procédés et

¹⁷¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.107; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.110.

¹⁷²Le sens ordinaire de "scientifique", d'après les dictionnaires, comprend: qui appartient aux sciences, relatif à la science ou utilisé en sciences; dans un sens général, qui est établi ou qui semble être établi sur une base exacte, objective, factuelle, systématique ou méthodologique; relatif aux méthodes ou aux principes de la science ou des sciences; et, qui appartient aux méthodes utilisées en sciences, qui est relatif à ces méthodes, qui utilise ces méthodes ou qui est fondé sur ces méthodes. Les dictionnaires définissent la "science" comme étant l'observation, l'identification, la description, l'expérimentation et l'explication théorique de phénomènes naturels; toute activité, discipline ou étude méthodologique; et, les connaissances que permettent d'acquérir les études ou la pratique. (Les notes de bas de page ne sont pas reproduites.) *United States' Statement of Administrative Action, Uruguay Round Agreements Act*, 203d Congress, 2d Session, House Document 103-316, vol. 1, 27 septembre 1994, page 90.

méthodes de production pertinents" et "des méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes", ne se prêtent pas nécessairement ni entièrement à une investigation faisant appel à des méthodes de laboratoire comme celles qui sont utilisées, par exemple, en biochimie ou en pharmacologie. En outre, rien n'indique que l'énumération d'éléments qui peuvent être pris en considération dans l'évaluation des risques prévue à l'article 5:2 se voulait exhaustive. Il est essentiel de ne pas perdre de vue que le risque qui doit être évalué dans le cadre d'une évaluation des risques aux termes de l'article 5:1 n'est pas uniquement le risque qui est vérifiable dans un laboratoire scientifique fonctionnant dans des conditions rigoureusement maîtrisées, mais aussi le risque pour les sociétés humaines telles qu'elles existent en réalité, autrement dit, les effets négatifs qu'il pourrait effectivement y avoir sur la santé des personnes dans le monde réel où les gens vivent, travaillent et meurent.

B. *Interprétation de l'expression "sur la base de"*

1. L'article 5:1 contiendrait-il une "prescription de forme minimale"?

188. Bien que le Groupe spécial reconnaisse expressément que l'article 5:1 *ne* contient aucune prescription de forme spécifique à laquelle un Membre doit se conformer pour établir ses mesures sanitaires sur la base d'une évaluation des risques, il n'en déclare pas moins qu'"une prescription de forme minimale est énoncée à l'article 5:1". Cette prescription veut que "le Membre qui impose une mesure sanitaire doit fournir la preuve que, pour le moins, il a effectivement *tenu compte* d'une évaluation des risques lorsqu'il a adopté ou maintenu sa mesure sanitaire, afin que cette mesure soit considérée comme étant établie *sur la base d'une* évaluation des risques".¹⁷³ Le Groupe spécial poursuit en disant que les Communautés européennes n'ont fourni aucune preuve que, "lorsqu'elles *ont adopté* ces mesures (en 1981 et 1988) ou *à n'importe quel moment par la suite, les institutions communautaires compétentes ont effectivement tenu compte*" des études auxquelles elles ont fait référence ou des conclusions scientifiques qui en sont tirées.¹⁷⁴ (non souligné dans l'original) Sur ce, le Groupe spécial estime que ces études ne peuvent être considérées comme faisant partie d'une évaluation des risques sur la base de laquelle les Communautés européennes ont établi les mesures incriminées. Concluant que les Communautés européennes n'ont pas apporté la preuve, comme il leur incombait, qu'elles

¹⁷³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.113; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.116.

¹⁷⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.114; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.117.

s'étaient conformées à la "prescription de forme minimale" énoncée à l'article 5:1, le Groupe spécial estime que les mesures communautaires sont incompatibles avec les prescriptions de l'article 5:1.

189. Nous ne pouvons que noter, comme le Groupe spécial l'a admis lui-même, que cette "prescription de forme minimale" ne se fonde pas sur le libellé de l'article 5 de l'*Accord SPS*. L'expression "sur la base de", lorsqu'on lui donne valeur de "prescription de forme minimale", comme l'a fait le Groupe spécial, peut être perçue comme se rapportant à une action humaine, celle de personnes, par exemple, qui "tiendraient compte" d'un document décrit comme une évaluation des risques. Le Groupe spécial semble donc utiliser le verbe "tenir compte" pour désigner une certaine subjectivité dont peuvent faire preuve certains individus à un moment mais dont ils peuvent, à la fin, faire totalement abstraction. Nous estimons que l'expression "sur la base de" peut être utilisée à bon droit pour désigner une certaine *relation objective* entre deux éléments, c'est-à-dire une *situation objective* qui persiste et qui est observable entre une mesure SPS et une évaluation des risques. Cette désignation est certainement comprise dans le sens ordinaire des mots "sur la base de" et, lorsqu'elle est examinée dans le contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, elle peut être perçue comme étant plus appropriée que le verbe "tenir compte". Nous ne pouvons nous rallier à l'interprétation qui a été construite par le Groupe spécial et estimons que celle-ci est inutile et qu'elle constitue aussi une erreur de droit.

190. L'article 5:1 n'exige pas du Membre qui adopte une mesure sanitaire qu'il procède à sa propre évaluation des risques. Il exige uniquement que les mesures SPS "soient établies sur la base d'une évaluation, selon qu'il sera approprié en fonction des circonstances ...". La mesure SPS peut fort bien trouver une justification objective dans une évaluation des risques qui a été effectuée par un autre Membre ou par une organisation internationale. La "prescription de forme minimale" élaborée par le Groupe spécial pourrait bien entraîner la suppression ou la non-prise en compte des preuves scientifiques disponibles qui justifient la mesure SPS à l'examen. Le risque d'exclusion des preuves scientifiques disponibles peut être particulièrement important en ce qui concerne l'essentiel des mesures SPS qui ont été mises en place avant la date d'entrée en vigueur de l'*Accord sur l'OMC* et qui ont simplement été maintenues par la suite.

191. Lorsqu'il cherchait à obtenir la preuve que les autorités communautaires avaient effectivement "tenu compte" de certaines études scientifiques, le Groupe spécial s'est reporté aux préambules des directives communautaires incriminées en l'espèce. Il a noté qu'il n'était fait mention dans ces préambules d'aucune des études scientifiques mentionnées par les Communautés européennes dans

le cadre des travaux du Groupe spécial. Les préambules des instruments législatifs ou quasi législatifs et des règlements administratifs satisfont habituellement aux exigences de l'ordre juridique interne des Membres de l'OMC. Ces préambules ne sont certainement pas requis au regard de l'*Accord SPS*; ils ne servent pas normalement à démontrer qu'un Membre s'est acquitté de ses obligations au titre d'accords internationaux. L'absence d'une quelconque mention des études scientifiques dans les sections préliminaires des directives communautaires ne prouve donc pas quoi que ce soit pour ce qui nous occupe ici.

2. Prescriptions de fond de l'article 5:1 - Relation logique entre la mesure SPS et l'évaluation des risques

192. Après avoir postulé l'existence d'une "prescription de forme minimale" à l'article 5:1, le Groupe spécial a examiné ensuite les "prescriptions de fond" de l'article 5:1 pour déterminer si les mesures communautaires incriminées étaient établies "sur la base d'"une évaluation des risques. Pour le Groupe spécial, ces "prescriptions de fond" supposent une double démarche: premièrement, identifier les conclusions scientifiques découlant de l'évaluation des risques et celles qui sous-tendent implicitement les mesures SPS; et, deuxièmement, examiner ces conclusions scientifiques pour déterminer si la première série de conclusions correspond ou non à la deuxième série de conclusions, c'est-à-dire déterminer si l'une est en conformité avec l'autre.¹⁷⁵ Appliquant les "prescriptions de fond" qui figurent selon lui à l'article 5:1, le Groupe spécial estime que les conclusions scientifiques qui sous-tendent implicitement les mesures communautaires ne sont conformes à aucune des conclusions scientifiques qui ont été établies dans les études scientifiques que les Communautés européennes ont communiquées dans le cadre de leur preuve.¹⁷⁶

193. Nous estimons en principe que l'approche du Groupe spécial consistant à examiner les conclusions scientifiques qui sous-tendent implicitement la mesure SPS à l'examen et les conclusions scientifiques découlant de l'évaluation des risques est une démarche utile. La relation existant entre ces deux séries de conclusions est certes pertinente; sa pertinence ne permet pas néanmoins d'écarter tout le reste. Nous estimons que l'article 5:1, lorsqu'il est lu en contexte comme il se doit et qu'il est interprété à la lumière de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*, exige que les résultats de l'évaluation des risques justifient

¹⁷⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.117; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.120.

¹⁷⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.137; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.140.

suffisamment - c'est-à-dire qu'ils étayent raisonnablement - la mesure SPS en jeu. La prescription voulant qu'une mesure SPS soit établie "sur la base d'"une évaluation des risques est une prescription de fond en ce sens qu'il doit y avoir une relation logique entre la mesure et l'évaluation des risques.

194. Nous ne sommes pas d'avis que l'évaluation des risques doit déboucher sur une conclusion monolithique qui coïncide avec la conclusion ou l'opinion scientifique qui sous-tend implicitement la mesure SPS. L'évaluation des risques pourrait faire ressortir à la fois l'opinion la plus répandue qui représente le courant scientifique "dominant" ainsi que les opinions de scientifiques qui ont un point de vue divergent. L'article 5:1 ne requiert pas que l'évaluation des risques fasse état nécessairement du seul point de vue de la majorité de la communauté scientifique intéressée. Parfois, l'existence même d'opinions dissidentes exposées par des scientifiques compétents qui ont mené des recherches sur la question à l'examen peut être révélatrice d'une certaine incertitude dans la communauté scientifique. Parfois, les divergences peuvent indiquer que les opinions scientifiques sont à peu près également partagées, ce qui peut dénoter une forme d'incertitude scientifique. Dans la plupart des cas, les gouvernements responsables et représentatifs ont tendance à fonder leurs mesures législatives et administratives sur l'opinion scientifique "dominante". Dans d'autres cas, des gouvernements tout aussi responsables et représentatifs peuvent agir de bonne foi sur la base de ce qui peut être, à un moment donné, une opinion divergente provenant de sources compétentes et respectées. En soi, cela ne témoigne pas nécessairement de l'absence d'une relation raisonnable entre la mesure SPS et l'évaluation des risques, notamment lorsque le risque en question peut être mortel et qu'il est perçu comme posant une menace évidente et imminente pour la santé et la sécurité publiques. L'existence ou l'absence de cette relation ne peut être déterminée qu'au cas par cas, après avoir tenu compte de toutes les considérations qui influent logiquement sur la question des effets négatifs potentiels sur la santé.

195. Nous examinons maintenant l'application par le Groupe spécial des prescriptions de fond de l'article 5:1 aux mesures communautaires incriminées en l'occurrence. Le Groupe spécial énumère les documents scientifiques suivants auxquels les Communautés européennes se sont référées pour ce qui est des hormones en cause (exception faite de l'acétate de mélangestrol):

- le Rapport de 1982 du Comité scientifique vétérinaire, du Comité scientifique de l'alimentation animale et du Comité scientifique de l'alimentation humaine des CE établi sur la base du rapport du Groupe de travail scientifique sur les agents anabolisants dans la production animale ("Rapport Lamming");

- le Symposium de 1983 sur les anabolisants en production animale de l'Office international des épizooties ("OIE") ("Symposium de 1983 de l'OIE");
- les Monographies de 1987 du Centre international de recherche sur le cancer ("CIRC") sur l'évaluation de la cancérogénicité pour l'homme, Supplément n° 7 ("Monographies de 1987 du CIRC");
- les rapports de 1988 et 1989 du JECFA;
- la Conférence scientifique de 1995 des Communautés européennes sur l'utilisation d'anabolisants dans la production de viande ("Conférence scientifique CE de 1995");
- les articles et avis de divers scientifiques ayant trait à l'utilisation d'hormones (trois articles parus dans la revue Science, un article dans l'International Journal of Health Service, et un rapport dans le Veterinary Record, et des avis scientifiques distincts de MM. H. Adlercreutz, E. Cavalieri, S.S. Epstein, J.G. Liehr, M. Metzler, Perez-Comas et A. Pinter, qui tous faisaient partie de la délégation des CE lors de notre réunion conjointe avec les experts).¹⁷⁷

196. Il a semblé au Groupe spécial que plusieurs des rapports scientifiques susmentionnés satisfaisaient aux prescriptions minimales en matière d'évaluation des risques, notamment le Rapport Lamming et les rapports de 1988 et 1989 du JECFA. Le Groupe spécial a donc présumé que les Communautés européennes avaient démontré qu'elles avaient procédé à une évaluation des risques conformément à l'article 5 de l'*Accord SPS*.¹⁷⁸ Par ailleurs, le Groupe spécial constate qu'on en est arrivé, dans ces rapports scientifiques, à la conclusion que l'utilisation des hormones en cause (à l'exception de l'acétate de mélangestrol) à des fins anabolisantes était "sans danger". Il est dit dans le rapport:

... aucune des preuves scientifiques auxquelles les Communautés européennes ont fait référence et qui ont expressément trait à l'innocuité de certaines ou de la totalité des hormones en cause lorsqu'elles sont utilisées pour activer la croissance n'indique qu'une telle utilisation de ces hormones constitue un risque identifiable pour la santé humaine si les bonnes pratiques sont respectées. Toutes les études scientifiques dont il est question plus haut sont arrivées à la conclusion que l'utilisation des hormones en cause (toutes à l'exception de l'acétate de mélangestrol, pour lequel aucune preuve n'a été présentée) à des

¹⁷⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.108; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.111.

¹⁷⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.111; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.114.

fins anabolisantes est sans danger, la plupart de ces études ajoutant que cette conclusion postule que les bonnes pratiques sont respectées.¹⁷⁹

197. Faisant abstraction de la difficulté soulevée par le fait que le Groupe spécial a employé l'expression "risque identifiable", nous nous accordons à penser que les rapports scientifiques énumérés plus haut n'étaient pas logiquement la prohibition à l'importation imposée par les CE.¹⁸⁰

198. S'agissant de l'avis scientifique exprimé par M. Lucier à la réunion conjointe tenue avec les experts et énoncé au paragraphe 819 de l'annexe des rapports du Groupe spécial Etats-Unis et du Groupe spécial Canada¹⁸¹, il convient de noter que cet avis n'est pas censé être le résultat d'études effectuées par M. Lucier lui-même ou sous sa supervision et portant expressément sur les résidus d'hormones présents dans la viande provenant de bovins engraisés avec ces hormones.¹⁸² En conséquence, il semble que le seul avis divergent exprimé par M. Lucier ne soit pas raisonnablement suffisant pour infirmer les conclusions en sens contraire tirées des études scientifiques mentionnées par les Communautés

¹⁷⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.124; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.127.

¹⁸⁰Aux paragraphes 97 à 109 du présent rapport, nous concluons que le Groupe spécial a eu tort d'exiger des Communautés européennes qu'elles prouvent que les mesures incriminées concernant les hormones, à l'exception de l'acétate de mélangestrol, étaient établies sur la base d'une évaluation des risques. Nous avons déterminé que les Etats-Unis et le Canada devaient présenter un commencement de preuve que ces mesures n'étaient pas établies sur la base d'une évaluation des risques. Cependant, après avoir examiné soigneusement le dossier du Groupe spécial, nous sommes convaincus que les Etats-Unis et le Canada ont effectivement présenté un commencement de preuve que les mesures SPS concernant les hormones incriminées en l'espèce, à l'exception du MGA, n'étaient pas établies sur la base d'une évaluation des risques, bien que le Groupe spécial ne leur ait pas demandé de le faire.

¹⁸¹La partie pertinente du paragraphe est ainsi libellée:

Pour chaque million de femmes vivant aux Etats-Unis, au Canada et en Europe actuellement, environ 110 000 auront un cancer du sein. Il s'agit donc là d'un problème de santé publique considérable évidemment. Parmi ces 110 000 cas de cancer du sein, plusieurs milliers, peut-être, seront en rapport avec l'ingestion totale d'oestrogènes exogènes, toutes sources confondues, y compris les oeufs, la viande, les phyto-oestrogènes, les oestrogènes fongiques, c'est-à-dire la charge globale de l'organisme en oestrogènes exogènes. Selon mes estimations, un cas sur ces 110 000 proviendrait de la consommation de viande contenant des oestrogènes administrés à des fins anabolisantes, utilisés conformément aux instructions.

¹⁸²A supposer que l'estimation de M. Lucier soit réaliste, il convient de noter qu'il pourrait y avoir jusqu'à 371 personnes qui, dans les conditions indiquées par M. Lucier, seraient atteintes d'un cancer dans les Etats membres de l'Union européenne. La population totale des Etats membres de l'Union européenne était de 371 millions de personnes en 1995.

européennes qui concernaient expressément les résidus d'hormones présents dans la viande provenant de bovins auxquels des hormones avaient été administrées à des fins anabolisantes.

199. Les Communautés européennes ont insisté en particulier sur les Monographies de 1987 du CIRC et sur les articles et avis de divers scientifiques mentionnés plus haut.¹⁸³ Le Groupe spécial note, toutefois, que les preuves scientifiques dont ces monographies et ces articles et avis font mention ont trait au potentiel cancérigène de *catégories* entières d'hormones, ou des hormones en cause *en général*. Les monographies et les articles et avis ont, en d'autres termes, le caractère d'études générales ou de déclarations sur le potentiel cancérigène des hormones en question. Les monographies et les articles et avis de divers scientifiques n'évaluent pas le potentiel cancérigène de ces hormones lorsqu'elles sont expressément utilisées à *des fins anabolisantes*. En outre, elles n'évaluent pas les effets cancérigènes que pourrait expressément avoir la présence dans "*les produits alimentaires*", plus précisément les "*viandes ou produits carnés*" de résidus des hormones en cause. Le Groupe spécial note par ailleurs que, selon les experts scientifiques qu'il a consultés, les données et études dont il est fait mention dans ces Monographies de 1987 ont été prises en considération dans les Rapports de 1988 et de 1989 du JECFA et que les conclusions des Monographies de 1987 du CIRC complètent, et non contredisent, celles des Rapports du JECFA.¹⁸⁴ Le Groupe spécial en conclut que ces monographies et ces articles et avis ne suffisent pas pour étayer les mesures communautaires incriminées en l'espèce.

200. Nous estimons que les constatations susmentionnées du Groupe spécial sont justifiées. Les Monographies de 1987 du CIRC et les articles et avis de divers scientifiques présentés par les Communautés européennes constituent des études générales qui attestent effectivement l'existence d'un risque général de cancer; mais elles ne mettent pas en évidence et n'étudient pas le type particulier de risque dont il s'agit en l'occurrence - le potentiel cancérigène ou génotoxique des résidus de ces hormones présents dans la viande provenant de bovins auxquels les hormones ont été administrées à des fins anabolisantes - comme l'exige le paragraphe 4 de l'Annexe A de l'*Accord SPS*. Ces études générales sont, en d'autres termes, intéressantes mais il semble qu'elles n'ont pas un rapport suffisant avec l'affaire à l'étude.

201. S'agissant de l'évaluation des risques concernant le MGA, les Communautés européennes ont fait référence aux Monographies de 1987 du CIRC. Ces monographies portent, entre autres, sur la

¹⁸³Paragraphe 195 du présent rapport.

¹⁸⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.129; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.132.

catégorie des progestatifs dont l'hormone progestérone fait partie. Les Communautés européennes font valoir que du fait que le MGA est un agent anabolisant qui imite l'action de la progestérone, les études et expériences scientifiques sur lesquelles les Monographies de 1987 du CIRC étaient fondées présentaient beaucoup d'intérêt.¹⁸⁵ Toutefois, les monographies et les articles et avis des divers scientifiques ne faisaient état d'aucune étude indiquant combien le MGA est étroitement lié sur le plan chimique et pharmacologique aux autres progestatifs et quels effets les résidus de MGA auraient effectivement sur les êtres humains lorsque de tels résidus sont ingérés avec la viande provenant de bovins auxquels le MGA a été administré à des fins anabolisantes. Il convient de rappeler à cet égard qu'aucune des données scientifiques présentées par les Communautés européennes ne concernait le MGA et que le Codex n'a élaboré aucune norme, directive ou recommandation internationale visant expressément le MGA. Les Etats-Unis et le Canada ont refusé de présenter toute évaluation du MGA en invoquant le caractère confidentiel des données dont ils avaient connaissance. En d'autres termes, presque aucune preuve concernant le MGA n'a été présentée lors des travaux du Groupe spécial. Nous confirmons donc la constatation du Groupe spécial selon laquelle il n'y avait pas d'évaluation des risques pour le MGA.

202. Les preuves susmentionnées auxquelles les Communautés européennes se sont référées concernaient le risque biochimique découlant de l'ingestion par des êtres humains de résidus des cinq hormones en cause présents dans la viande traitée, lorsque ces hormones avaient été administrées aux bovins conformément aux bonnes pratiques vétérinaires.¹⁸⁶ Les Communautés européennes ont également fait état de risques qui pouvaient être distingués mais qui étaient étroitement liés - les risques découlant de l'inobservation des bonnes pratiques vétérinaires, conjuguée aux multiples problèmes concernant la détection et le contrôle de cette inobservation abusive lors de l'administration d'hormones aux bovins à des fins anabolisantes.

¹⁸⁵Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 179 et suivants.

¹⁸⁶L'expression utilisée dans les normes Codex pour les trois hormones naturelles est *bonnes pratiques zootechniques* (section I, LMR, *Codex Alimentarius*, Vol. 3, pages 8, 13 et 15), mais elle ne figure pas dans le Glossaire de termes et définitions du *Codex Alimentarius* qui, par contre, définit le concept suivant:

"Bonnes pratiques d'utilisation des médicaments vétérinaires (BPMV):
Usage officiel recommandé ou autorisé et comprenant les temps d'attente, approuvés par les autorités nationales, pour les médicaments vétérinaires dans des conditions pratiques."

Nous utiliserons donc l'expression *bonnes pratiques vétérinaires* pour désigner de manière abrégée le concept défini dans le *Codex Alimentarius*.

203. Le Groupe spécial prend en considération ce type de risque et examine les arguments formulés par les Communautés européennes, mais constate qu'il n'y avait pas d'évaluation de ce type de risque. Finalement il rejette ces arguments principalement en se fondant sur un raisonnement *a priori*. Premièrement, pour le Groupe spécial, les dispositions de l'article 5:2 relatives aux "méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes":

... ne [semblent] pas englober le problème général du contrôle (comment assurer le respect des bonnes pratiques, par exemple) qui peut exister pour n'importe quelle substance. Les risques liés au problème général du contrôle ne semblent pas spécifiques à la substance en cause mais à l'incidence économique ou sociale d'une substance ou de l'usage particulier qui en est fait (par exemple les facteurs économiques encourageant un emploi abusif). Ces facteurs non scientifiques devraient donc être pris en compte non pas dans l'évaluation des risques mais dans la *gestion des risques*.¹⁸⁷ (non souligné dans l'original)

De plus, le Groupe spécial constate que, à supposer que ces facteurs puissent être pris en considération dans une évaluation des risques, les Communautés européennes n'ont pas apporté de preuves convaincantes montrant qu'il est plus difficile de contrôler les hormones en cause ou d'en empêcher un emploi abusif que les médicaments vétérinaires dont elles autorisent l'emploi. En outre, les Communautés européennes n'ont pas prouvé que le contrôle serait plus difficile dans un régime autorisant, sous réserve de conditions précises, l'utilisation des hormones en cause que dans le régime communautaire actuel interdisant totalement cette utilisation aussi bien au niveau interne qu'en ce qui concerne la viande importée. Le Groupe spécial conclut en disant que l'interdiction d'employer une substance ne permet pas forcément de mieux protéger la santé humaine que d'autres moyens d'en réglementer l'utilisation.¹⁸⁸

204. Les Communautés européennes font appel de ces constatations du Groupe spécial principalement pour deux motifs: premièrement, le Groupe spécial a mal interprété l'article 5:2 de l'*Accord SPS*; deuxièmement, le Groupe spécial a ignoré et faussé les preuves présentées par les Communautés européennes.¹⁸⁹

¹⁸⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.146; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.149.

¹⁸⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.146; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.149.

¹⁸⁹Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphes 399 et 401.

205. S'agissant du premier motif, nous partageons l'avis des Communautés européennes selon lequel le Groupe spécial a effectivement mal compris le champ d'application de l'article 5:2. Il convient de rappeler que l'article 5:2 dispose que dans l'évaluation des risques, les Membres tiendront compte, en plus "des preuves scientifiques disponibles", "des procédés et méthodes de production pertinents; [et] des méthodes d'inspection, d'échantillonnage et d'essai pertinentes". Nous notons également que l'article 8 exige que les Membres "se [conforment] aux dispositions de l'Annexe C dans l'application des procédures de contrôle, d'inspection et d'homologation ...". La note de bas de page relative à l'Annexe C dispose que "les procédures de contrôle, d'inspection et d'homologation comprennent, entre autres, les procédures d'échantillonnage, d'essai et de certification". Nous considérons que ce libellé est amplement suffisant pour autoriser la prise en compte des risques découlant de l'inobservation des bonnes pratiques vétérinaires dans l'administration des hormones à des fins anabolisantes ainsi que des risques découlant des problèmes de contrôle, d'inspection et de mise en oeuvre des bonnes pratiques vétérinaires.

206. La plupart, sinon la totalité, des études scientifiques auxquelles les Communautés européennes se sont référées concernant les cinq hormones en cause ont abouti à la conclusion que l'utilisation de ces hormones est "sans danger"¹⁹⁰ si les hormones sont administrées conformément aux bonnes pratiques vétérinaires. Lorsque la condition de l'observation des bonnes pratiques vétérinaires (qui est en grande partie la même que celle qui s'applique aux normes, directives et recommandations du Codex en ce qui concerne l'utilisation des cinq hormones à des fins anabolisantes) n'est *pas* remplie, la déduction logique est que l'utilisation de ces hormones à des fins anabolisantes peut être ou ne pas être "sans danger".¹⁹¹ L'*Accord SPS* exige l'évaluation des effets négatifs que pourrait avoir sur la santé des personnes la présence de contaminants et de toxines dans les produits alimentaires. Nous estimons que l'objet et le but de l'*Accord SPS* justifient l'examen et l'évaluation de tous ces risques pour la santé des personnes, quelle que puisse être leur origine précise et immédiate. Nous ne voulons pas dire par là que les risques découlant d'abus potentiels dans l'administration des substances contrôlées et de problèmes de contrôle doivent être ou devraient être dans chaque cas évalués par les responsables de l'évaluation des risques. Lorsque des risques de ce type surviennent effectivement, les responsables de l'évaluation des risques peuvent les examiner et les évaluer. De toute évidence, la nécessité ou

¹⁹⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.124; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.127.

¹⁹¹Ce point a été clairement mis en évidence à l'audience et aussi bien les Etats-Unis que le Canada ont approuvé cette déduction. Voir la note de bas de page 186 du présent rapport concernant l'utilisation des expressions "bonnes pratiques vétérinaires" et "bonnes pratiques zootechniques".

l'opportunité de l'examen et de l'évaluation de ces risques devrait être considérée au cas par cas. Ce qui, à notre avis, est une erreur de droit fondamentale c'est d'exclure, *a priori*, l'un quelconque de ces risques du champ d'application de l'article 5:1 et 2. Nous n'approuvons pas l'idée du Groupe spécial selon laquelle l'exclusion des risques résultant d'un abus potentiel conjugué à des difficultés de contrôle est justifiée par la distinction faite entre "l'évaluation des risques" et "la gestion des risques". Comme nous l'avons indiqué précédemment, la notion de "gestion des risques" n'est mentionnée dans aucune disposition de l'*Accord SPS* et, en tant que telle, ne peut pas être invoquée à l'appui d'une interprétation plus restrictive de "l'évaluation des risques" que ne le justifient les termes réels de l'article 5:2, de l'article 8 et de l'Annexe C de l'*Accord SPS*.

207. La question qui se pose est donc celle de savoir si les Communautés européennes ont, en fait, présenté une évaluation des risques montrant et évaluant l'existence et le niveau des risques découlant dans l'affaire à l'étude de l'utilisation abusive des hormones et des difficultés de contrôle de l'administration des hormones à des fins anabolisantes, aux Etats-Unis et au Canada en tant que pays exportateurs et aux frontières des Communautés européennes en tant que pays importateur. Sur ce point, nous ne pouvons qu'approuver la constatation du Groupe spécial selon laquelle les Communautés européennes se sont en fait bornées à signaler la condition exigeant une administration des hormones "conforme aux bonnes pratiques" "sans fournir pour autant une évaluation des effets négatifs que pourrait avoir l'inobservation de ces pratiques".¹⁹² Le compte rendu des travaux du Groupe spécial montre que le risque découlant de l'utilisation abusive d'hormones à des fins anabolisantes conjuguée à des problèmes de contrôle pour les hormones en question, pourrait avoir été examiné de manière scientifique à deux occasions. Le premier examen a pu être effectué par la Commission d'enquête sur le problème de la qualité dans le secteur de la viande établie par le Parlement européen, dont les résultats ont constitué la base du Rapport Pimenta de 1989. Aucune des études et preuves initiales présentées devant cette commission n'a toutefois été communiquée au Groupe spécial. Le deuxième examen a peut-être eu lieu à la Conférence scientifique de 1995 des CE sur l'utilisation d'anabolisants dans la production de viande. Un des trois ateliers de cette conférence a été consacré expressément aux problèmes de "détection" et de "contrôle". Cependant, une seule des études présentées à l'atelier analysait systématiquement certains des problèmes découlant d'un abus potentiel conjugué à des difficultés de contrôle des hormones et d'autres substances.¹⁹³ L'étude offrait un cadre théorique pour l'analyse

¹⁹²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.143; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.146.

¹⁹³B. Jülicher, "Sampling Strategies", dans *Proceedings of the Scientific Conference on Growth Promotion in Meat Production*, Bruxelles, 29 novembre-1er décembre 1995, pages 521 à 540.

systématique de ces problèmes, mais ne visait pas elle-même à examiner et évaluer les problèmes réels qui s'étaient posés aux frontières des Communautés européennes ou aux Etats-Unis, au Canada et dans d'autres pays exportant de la viande et des produits carnés vers les Communautés européennes. En mettant les choses au mieux, on peut considérer qu'elle représente le début d'une évaluation de ces risques.

208. En l'absence de toute autre documentation pertinente, nous constatons que les Communautés européennes n'ont pas réellement procédé à une évaluation, au sens de l'article 5:1 et 2, des risques découlant de l'inobservation des bonnes pratiques vétérinaires conjuguée à des problèmes de contrôle de l'utilisation des hormones à des fins anabolisantes. L'absence de cette évaluation des risques, lorsqu'elle est considérée en parallèle avec la conclusion à laquelle ont effectivement abouti la plupart, sinon la totalité, des études scientifiques concernant les autres aspects du risque mentionnés plus haut nous amène à conclure qu'aucune évaluation des risques étayant ou justifiant de manière raisonnable l'interdiction d'importer énoncée dans les directives des CE n'a été fournie au Groupe spécial. Nous confirmons, en conséquence, la conclusion finale du Groupe spécial selon laquelle l'interdiction d'importer imposée par les CE n'est pas fondée sur une évaluation des risques au sens de l'article 5:1 et 2 de l'*Accord SPS* et est donc incompatible avec les prescriptions de l'article 5:1.

209. Etant donné que nous sommes plus haut¹⁹⁴ arrivés à la conclusion que pour être compatible avec l'article 3:3 une mesure SPS doit être conforme, entre autres, aux prescriptions énoncées à l'article 5:1, il s'ensuit que les mesures communautaires incriminées, n'étant pas conformes à l'article 5:1, sont également incompatibles avec l'article 3:3 de l'*Accord SPS*.

XII. Interprétation de l'article 5:5 de l'*Accord SPS*: cohérence des niveaux de protection et éventuelle discrimination ou restriction déguisée au commerce international

210. Les Communautés européennes font également appel de la conclusion du Groupe spécial¹⁹⁵ selon laquelle, en faisant dans les niveaux de protection sanitaire qu'elles considèrent appropriés dans des situations différentes des distinctions arbitraires ou injustifiables qui entraînent une discrimination

¹⁹⁴Voir le paragraphe 177 du présent rapport.

¹⁹⁵Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 448.

ou une restriction déguisée au commerce international, les Communautés européennes ont agi de manière incompatible avec les prescriptions énoncées à l'article 5:5 de l'*Accord SPS*.¹⁹⁶

A. *Considérations générales: les éléments de l'article 5:5*

211. L'article 5:5 de l'*Accord SPS* doit être cité dans son intégralité:

En vue d'assurer la cohérence dans l'application du concept du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire contre les risques pour la santé ou la vie des personnes, pour celles des animaux ou pour la préservation des végétaux, chaque Membre évitera de faire des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux qu'il considère appropriés dans des situations différentes, si de telles distinctions entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international. Les Membres coopéreront au Comité, conformément aux paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 12, pour élaborer des directives visant à favoriser la mise en oeuvre de cette disposition dans la pratique. Pour élaborer ces directives, le Comité tiendra compte de tous les facteurs pertinents, y compris le caractère exceptionnel des risques pour leur santé auxquels les personnes s'exposent volontairement.

212. L'article 5:5 doit être lu dans son contexte. Une partie importante de ce contexte est l'article 2:3 de l'*Accord SPS* qui dispose ce qui suit:

Les Membres feront en sorte que leurs mesures sanitaires et phytosanitaires n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques ou similaires, y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres. Les mesures sanitaires et phytosanitaires ne seront pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international.

L'article 5:5, lorsqu'il est lu conjointement avec l'article 2:3, peut être considéré comme traçant et jalonnant une voie menant à la même destination que celle qui est définie dans ce dernier.

213. L'objectif de l'article 5:5 consiste à "assurer la cohérence dans l'application du concept du niveau approprié de protection sanitaire ou phytosanitaire". De toute évidence, la cohérence souhaitée est définie comme un but à atteindre dans l'avenir. Pour faciliter la réalisation de cet objectif, le Comité

¹⁹⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.206, 8.218, 8.244, 8.266 et 8.269; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.209, 8.221, 8.247, 8.269 et 8.272.

des mesures sanitaires et phytosanitaires doit élaborer des *directives concernant la mise en oeuvre de l'article 5:5 dans la pratique* en tenant compte, entre autres choses, du fait que, habituellement, les personnes ne s'exposent pas volontairement à des risques pour leur santé. En conséquence, nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel l'énoncé de ce but n'établit pas une *obligation juridique* d'assurer la cohérence des niveaux appropriés de protection. Nous pensons également que le but fixé n'est pas une cohérence absolue ou parfaite, étant donné que les gouvernements établissent souvent leurs niveaux appropriés de protection en fonction des circonstances et quand il y a lieu, des risques différents se présentant à des moments différents. Ce sont uniquement les incohérences arbitraires ou injustifiables qui doivent être évitées.

214. Un examen attentif de l'article 5:5 indique qu'une plainte pour violation de cet article doit faire apparaître l'existence de trois éléments distincts. Le premier élément est le fait que le Membre imposant la mesure incriminée a adopté ses propres niveaux appropriés de protection sanitaire contre les risques pour la santé ou la vie des personnes dans plusieurs situations différentes. Le deuxième élément est le fait que ces *niveaux de protection* présentent des différences ("distinctions" selon les termes de l'article 5:5) arbitraires ou injustifiables dans le traitement des situations différentes. Le dernier élément est le fait que les différences arbitraires ou injustifiables entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international. Nous comprenons le dernier élément comme signifiant que la *mesure* concrétisant ou mettant en oeuvre un niveau particulier de protection entraîne, lors de son application, une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international.

215. Nous considérons que les trois éléments susmentionnés de l'article 5:5 sont par définition cumulatifs; la présence de chacun d'eux doit être démontrée pour qu'une violation de l'article 5:5 puisse être constatée. En particulier, la présence à la fois du deuxième et du troisième élément doit être constatée. Le deuxième élément seul ne suffirait pas. La présence du troisième élément doit également pouvoir être démontrée: il faut établir que la mesure de mise en oeuvre est appliquée de telle manière qu'elle entraîne une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international. La présence du deuxième élément - le caractère arbitraire ou injustifiable des différences dans les *niveaux de protection* qu'un Membre considère appropriés dans des situations différentes - peut dans la pratique servir de "signal d'alarme" indiquant que la *mesure* de mise en oeuvre lors de son application *pourrait* être une mesure discriminatoire ou *pourrait* être une restriction déguisée au commerce international en tant que mesure SPS destinée à assurer la protection de la santé ou de la vie des personnes. Néanmoins, il n'est pas nécessaire d'examiner et d'évaluer la mesure elle-même et, dans le contexte

des niveaux de protection différents, de montrer qu'elle entraîne une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international.

B. *Niveaux de protection différents dans des situations différentes*

216. Nous examinons le premier élément indiqué à l'article 5:5, à savoir le fait qu'un Membre a établi les différents niveaux de protection qu'il considère appropriés pour lui-même dans des situations différentes. Le Groupe spécial, interprétant l'expression "situations différentes", indique en effet que des situations dans lesquelles il s'agit de la même substance ou du même effet négatif sur la santé peuvent être comparées les unes aux autres.¹⁹⁷ Les Communautés européennes contestent cette interprétation qu'elles jugent erronée: elles reconnaissent qu'il doit y avoir un certain élément commun (par exemple la substance ou le médicament, ou le risque pour la santé) mais font valoir que cet élément commun n'est pas forcément suffisant pour assurer une comparaison rationnelle.¹⁹⁸

217. Il ne semble pas indispensable d'examiner longuement cette question. De toute évidence, une comparaison de *plusieurs* niveaux de protection sanitaire jugés appropriés par un Membre est nécessaire pour qu'un groupe spécial puisse procéder à un examen au titre de l'article 5:5. Les situations faisant apparaître des niveaux de protection différents ne peuvent naturellement être comparées que si elles sont comparables, c'est-à-dire si elles présentent un ou plusieurs éléments communs suffisants pour les rendre comparables. Si les situations qu'il est envisagé d'examiner sont *totalemment* différentes les unes des autres, elles ne seraient pas rationnellement comparables et les différences dans les niveaux de protection ne pourraient pas être examinées pour en déterminer le caractère arbitraire.

218. En examinant les mesures communautaires incriminées¹⁹⁹ et au moins une autre mesure SPS prise par les Communautés européennes²⁰⁰, le Groupe spécial constate que plusieurs niveaux de protection différents étaient prévus par les Communautés européennes:

¹⁹⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.176; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.179.

¹⁹⁸Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 455.

¹⁹⁹Voir les paragraphes 2 à 5 du présent rapport.

²⁰⁰Directive du Conseil 70/524/CEE du 23 novembre 1970, Journal officiel n° L 270, 14 décembre 1970, page 1, dont les annexes ont été remplacées par la directive de la Commission 91/248/CEE du 12 avril 1991, Journal officiel n° L 124, 18 mai 1991, page 1.

- i) le niveau de protection pour les hormones naturelles lorsqu'elles sont utilisées à des fins anabolisantes²⁰¹;
- ii) le niveau de protection pour les hormones naturelles dont la présence dans la viande et d'autres produits alimentaires est endogène²⁰²;
- iii) le niveau de protection pour les hormones naturelles lorsqu'elles sont utilisées à des fins thérapeutiques ou zootechniques²⁰³;
- iv) le niveau de protection pour les hormones de synthèse (zéranol et trenbolone) lorsqu'elles sont utilisées à des fins anabolisantes²⁰⁴; et
- v) le niveau de protection pour le carbadox et l'olaquinox.²⁰⁵

C. *Différences arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection*

219. Le Groupe spécial entreprend alors de comparer le niveau de protection i) avec, premièrement, le niveau de protection ii) et, deuxièmement, le niveau de protection iii). Ensuite, il compare les niveaux de protection i) et iv) avec le niveau de protection v). Il estime que les différences entre les niveaux de protection i) et iv), d'une part, et le niveau de protection ii), d'autre part, sont arbitraires et injustifiables.²⁰⁶ Il estime en outre que les différences entre les niveaux de protection i) et iv), d'une part, et le niveau de protection v), d'autre part, sont elles aussi arbitraires et injustifiables.²⁰⁷ En

²⁰¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.191; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.194; et, pour le MGA, rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.265; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.268.

²⁰²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.191; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.194; et, pour le MGA, rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.265; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.268.

²⁰³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.191; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.194.

²⁰⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.212; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.215.

²⁰⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.226 (pour le carbadox uniquement); rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.229; et, pour le MGA, rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.268; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.271.

²⁰⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.197 et 8.214; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.200 et 8.217; et, pour le MGA, rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.265; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.268.

²⁰⁷Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.238; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.241; et, pour le MGA, rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.268; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.271.

revanche, il n'effectue pas de comparaison entre le niveau de protection iii) et le niveau de protection i).²⁰⁸ Nous examinons ci-après successivement les points que le Groupe spécial a abordés et les résultats qu'il a obtenus.

220. Le Groupe spécial compare tout d'abord les niveaux de protection établis par les Communautés européennes pour les hormones naturelles et de synthèse lorsqu'elles sont utilisées à des fins anabolisantes (niveaux de protection i) et iv)) avec le niveau de protection fixé par les Communautés européennes pour les hormones naturelles dont la présence dans la viande et d'autres produits alimentaires est endogène (niveau de protection ii)). Le Groupe spécial constate que la différence entre ces niveaux de protection est "arbitraire" et "injustifiable" essentiellement parce que, à son avis, les Communautés européennes n'ont donné aucune explication autre que la différence entre les hormones ajoutées et les hormones présentes de manière naturelle dans la viande et d'autres produits alimentaires qui entrent depuis des siècles dans l'alimentation de l'homme, et n'ont apporté aucune preuve montrant que le risque lié aux hormones naturelles utilisées comme anabolisants est plus élevé que le risque lié aux hormones endogènes.²⁰⁹ Le Groupe spécial ajoute que la concentration de résidus d'hormones naturelles dans certains produits naturels (comme les oeufs et les brocolis) est plus élevée que celle de résidus d'hormones administrées à des fins anabolisantes dans la viande traitée.²¹⁰ En outre, le Groupe spécial indique que les difficultés pratiques de détection de la présence de résidus d'hormones naturelles dans la viande traitée se poseraient également pour les hormones naturelles présentes de manière endogène dans la viande et d'autres produits alimentaires.²¹¹ Le Groupe spécial souligne l'écart très important dans les niveaux de protection entre un "niveau zéro de résidus" pour les hormones naturelles utilisées à des fins anabolisantes et un "niveau illimité de résidus" pour les hormones dont la présence dans la viande et d'autres produits alimentaires est naturelle.²¹² Les mêmes raisons sont en grande partie invoquées par le Groupe spécial lorsqu'il compare les niveaux de protection pour les hormones de

²⁰⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.200; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.203.

²⁰⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.193; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.196.

²¹⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.194; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.197.

²¹¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.195; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.198.

²¹²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.196; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.199.

synthèse utilisées à des fins anabolisantes et pour les hormones naturelles présentes dans la viande et d'autres produits alimentaires de manière endogène.²¹³

221. Nous ne souscrivons pas aux conclusions du Groupe spécial selon lesquelles les différences susmentionnées dans les niveaux de protection pour les hormones ajoutées présentes dans la viande traitée et pour les hormones présentes de manière naturelle dans les produits alimentaires sont rien moins qu'arbitraires et injustifiables. Au contraire, nous considérons qu'il y a une distinction fondamentale entre les hormones ajoutées (naturelles ou de synthèse) et les hormones présentes de manière naturelle dans la viande et d'autres produits alimentaires. Dans le cas de ces dernières, les Communautés européennes ne prennent simplement aucune mesure réglementaire²¹⁴; exiger qu'elles interdisent totalement la production et la consommation de ces produits alimentaires ou limitent la concentration de résidus des hormones présentes de manière naturelle dans les produits alimentaires suppose que les pouvoirs publics interviennent si massivement dans tous les domaines de la nature et de la vie quotidienne de la population que la comparaison elle-même devient absurde. Les autres éléments évoqués par le Groupe spécial, qu'on les considère séparément ou globalement, ne justifient pas la constatation de ce dernier concernant le caractère arbitraire de la différence dans les niveaux de protection pour les hormones ajoutées à des fins anabolisantes et pour les hormones présentes de manière naturelle dans la viande et d'autres produits alimentaires.

222. Ayant constaté que la différence entre le niveau de protection pour les trois hormones naturelles, lorsqu'elles sont utilisées à des fins anabolisantes, et le niveau de protection pour les hormones naturelles présentes de manière endogène dans la viande et d'autres produits alimentaires est injustifiable, le Groupe spécial considère qu'il n'est pas nécessaire de décider si la différence dans les niveaux de protection fixés par les Communautés européennes pour les hormones naturelles utilisées comme anabolisants et pour les mêmes hormones lorsqu'elles sont utilisées à des fins thérapeutiques ou zootechniques, est justifiée.²¹⁵ Etant donné toutefois que nous sommes arrivés à une conclusion différente de celle du Groupe spécial, nous jugeons approprié de compléter l'analyse de ce dernier pour pouvoir être en mesure

²¹³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.213, 8.264 et 8.265; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.216, 8.267 et 8.268.

²¹⁴On peut se demander si les Communautés européennes ont véritablement établi un niveau approprié de protection pour les hormones présentes de manière naturelle dans la viande et d'autres produits alimentaires (c'est-à-dire qui entrent dans l'alimentation quotidienne des personnes). Nous avons accepté, aux fins de la présente analyse, l'hypothèse du Groupe spécial selon laquelle les Communautés européennes l'auraient fait.

²¹⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.200; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.203.

d'examiner sa conclusion concernant la compatibilité avec l'article 5:5 dans son ensemble. La question des utilisations thérapeutiques et zootechniques des hormones a fait l'objet d'une très longue argumentation au Groupe spécial.²¹⁶ Bien qu'ils n'aient pas fait appel de la décision du Groupe spécial de ne pas procéder à cette comparaison, les Etats-Unis insistent beaucoup sur le fait que les Communautés européennes traitent les hormones naturelles de manière différente selon qu'elles sont utilisées à des fins thérapeutiques et zootechniques ou à des fins anabolisantes.²¹⁷

223. Les Communautés européennes ont fait valoir qu'il y avait deux différences importantes entre l'administration d'hormones à des fins anabolisantes et leur administration à des fins thérapeutiques et zootechniques. La première différence concerne la fréquence et l'ampleur du traitement.²¹⁸ L'utilisation thérapeutique est occasionnelle alors que l'utilisation à des fins anabolisantes est régulière et continue.²¹⁹ L'utilisation thérapeutique est sélective car elle concerne uniquement les animaux malades; l'activation de la croissance suppose l'administration d'hormones à tous les troupeaux et à tous les bovins constituant un troupeau. Ainsi, l'utilisation thérapeutique se fait à petite échelle et en principe uniquement pour des bovins destinés à la reproduction et non à l'abattage, alors que l'utilisation de ces hormones à des fins anabolisantes intervient à une échelle beaucoup plus grande et est beaucoup plus difficile et onéreuse à contrôler.²²⁰ L'utilisation zootechnique peut concerner des troupeaux entiers, mais n'aurait lieu qu'une fois par an²²¹; elle peut donc clairement être distinguée de l'utilisation d'hormones de manière continue et sur de longues périodes (apparemment pendant la majeure partie de la durée de vie des animaux concernés). Cette différence a été soulignée en particulier par M. André, un des experts consultés par le Groupe spécial.²²²

²¹⁶Voir, par exemple, rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 4.63, 4.64, 4.68, 4.69, 4.71, 4.223, 4.224, 4.225, 4.226 et 4.227, et rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 4.141, 4.147, 4.217, 4.238 et 4.242.

²¹⁷Communication des Etats-Unis en tant qu'appelant, paragraphes 26, 27 et 29.

²¹⁸Communication des CE en tant qu'intimé, paragraphes 82 à 84.

²¹⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 4.71; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 4.242.

²²⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.198; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.201.

²²¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.199; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.202.

²²²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 6.183, 6.184 et 6.189; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 6.182, 6.183 et 6.188.

224. La deuxième différence concerne le mode d'administration des hormones. Pour prévenir les abus²²³, les Communautés européennes ont réglementé de manière très détaillée les conditions dans lesquelles l'administration d'hormones naturelles peut être autorisée par les Etats membres de l'Union européenne à des fins thérapeutiques et zootechniques. Les hormones doivent, en premier lieu, être administrées par un vétérinaire ou sous la responsabilité d'un vétérinaire.²²⁴ En outre, la directive 96/22/CE énonce des conditions détaillées telles que, par exemple: délais d'attente stricts; administration sous forme d'injection ou, dans le cas de diverses dysfonctions, de spirales vaginales, mais non d'implants; identification claire de chaque animal ainsi traité et enregistrement des détails du traitement par le vétérinaire responsable (par exemple type de traitement, type de médicament vétérinaire utilisé ou autorisé, date du traitement, identité des animaux traités).²²⁵

225. La conclusion à laquelle nous arrivons, après avoir examiné les facteurs susmentionnés, est que, tout compte fait, la différence dans les niveaux de protection concernant les hormones utilisées à des fins anabolisantes, d'une part, et les hormones utilisées à des fins thérapeutiques et zootechniques d'autre part, n'est pas, en elle-même, "arbitraire ou injustifiable".

226. Nous passons maintenant à la comparaison faite par le Groupe spécial entre les niveaux de protection fixés par les Communautés européennes pour les hormones naturelles et de synthèse utilisées à des fins anabolisantes et pour le carbadox et l'olaquinox.²²⁶ Le carbadox et l'olaquinox sont des agents ou composés antimicrobiens qui sont mélangés aux aliments donnés aux porcelets (âge maximal

²²³Voir le neuvième considérant de la directive 96/22/CE, datée du 29 avril 1996, qui dispose ce qui suit:

considérant qu'il convient de maintenir l'interdiction des substances hormonales à des fins d'engraissement; que, si l'administration de certaines substances peut être autorisée dans un but thérapeutique ou zootechnique, elle doit être strictement contrôlée afin d'éviter tout détournement d'utilisation; (non souligné dans l'original)

²²⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 4.69; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 4.192.

²²⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 4.69; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 4.238.

²²⁶La directive 70/524/CEE du 23 novembre 1970 régit l'utilisation des additifs dans l'alimentation des animaux. Elle permet aux Etats membres d'autoriser l'utilisation de certains additifs énumérés à l'annexe I, aux conditions qui y sont indiquées. Le 12 avril 1991, la directive 91/248/CEE a remplacé les annexes I et II de la directive de 1970 par de nouvelles annexes. La nouvelle annexe I comprend, dans la subdivision Facteurs de croissance, le carbadox et l'olaquinox.

de quatre mois). Selon un rapport du JECFA²²⁷, présenté au Groupe spécial par les Etats-Unis, le carbadox est un additif alimentaire qui est connu comme étant un carcinogène génotoxique, ce qui veut dire qu'il *provoque* et ne favorise pas simplement le cancer.²²⁸ Les experts consultés par le Groupe spécial ont confirmé la génotoxicité du carbadox.

227. Lors des travaux du Groupe spécial, les Communautés européennes ont cherché à justifier la différence dans les niveaux de protection pour les hormones naturelles et de synthèse (à l'exception du MGA) et pour le carbadox et l'olaquinox.²²⁹ Le Groupe spécial répond à ces arguments et les Communautés européennes ont repris leurs arguments initiaux dans leur communication en tant qu'appelant.²³⁰ Nous examinons les arguments des Communautés européennes et les réponses du Groupe spécial, qui sont très brièvement exposés ci-après.

228. Le premier argument des Communautés européennes est que le carbadox et l'olaquinox ne sont pas des hormones, mais des agents antimicrobiens. Le Groupe spécial répond que les Communautés européennes n'ont pas expliqué pourquoi cette différence justifierait en elle-même un traitement différent dans la réglementation compte tenu du potentiel cancérigène de ces deux types de substance.²³¹

229. Le deuxième argument des Communautés européennes est que le carbadox et l'olaquinox n'ont qu'indirectement des effets anabolisants en empêchant le développement des bactéries et en améliorant la flore intestinale des porcelets, ce qui leur permet d'avoir également des effets thérapeutiques préventifs; les hormones, prétendent-elles, n'ont aucune action thérapeutique préventive lorsqu'elles sont utilisées comme anabolisants. Toutefois, le Groupe spécial considère que tant les hormones en cause que le carbadox et l'olaquinox peuvent avoir des effets thérapeutiques.²³²

²²⁷Evaluation des résidus de certains médicaments vétérinaires dans les aliments: trente-sixième rapport du Comité mixte FAO/OMS d'experts des additifs alimentaires ("JECFA"), Série de Rapports techniques 799, (Organisation mondiale de la santé, 1990), pages 49 à 55.

²²⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 4.220.

²²⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.229 (pour le carbadox uniquement); rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.232.

²³⁰Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphes 528 à 548.

²³¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.231 (pour le carbadox uniquement); rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.234.

²³²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.232 (pour le carbadox uniquement); rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.235.

230. Le troisième argument des Communautés européennes est que le carbadox et l'olaquinox ne sont disponibles dans le commerce qu'intégrés à des aliments préparés pour animaux (et non sous forme d'injections et d'implants) dans des dosages prédéterminés et se prêtent donc moins aux abus. Le Groupe spécial fait observer que, d'après les experts qu'il a consultés, les produits contenant l'une des cinq hormones en cause pour l'implantation ou l'injection sont aussi conditionnés selon des dosages prédéterminés. Les experts ajoutent que le carbadox en tant qu'additif alimentaire présente des risques additionnels en ce sens qu'il peut être nocif pour les personnes qui manipulent les aliments.²³³

231. Le quatrième argument des Communautés européennes est qu'il n'existe pas de produits de remplacement du carbadox ou de l'olaquinox qui aient la même action thérapeutique. Le Groupe spécial note que, selon un des experts, il existe des produits de remplacement aisément disponibles, comme l'oxytétracycline. D'après le Canada, l'oxytétracycline a fait l'objet d'une évaluation des risques par le JECFA et le Codex a adopté les doses journalières admissibles (DJA) et les LMR recommandées par le JECFA.²³⁴

232. Le cinquième argument des Communautés européennes est que le carbadox ne peut pas donner lieu à des abus parce qu'il exerce des effets anabolisants uniquement chez les porcelets jusqu'à l'âge de quatre mois et qu'un délai d'attente fixe d'au moins 28 jours est prévu dans la directive pertinente. Le Groupe spécial, quant à lui, note que, selon les experts qu'il a consultés, il n'y a aucune assurance que les porcelets traités au carbadox ne seraient pas abattus et que les résidus de cette substance n'entreraient donc pas dans la chaîne alimentaire des êtres humains. Le Groupe spécial ajoute que l'utilisation des hormones en cause comme anabolisants pourrait elle aussi être soumise à des conditions strictes.²³⁵

233. Le sixième argument des Communautés européennes est que le carbadox est utilisé en très petites quantités et à peine absorbé par la paroi intestinale du porcelet de sorte qu'il ne laisse pratiquement aucun résidu dans la viande de porc destinée à la consommation humaine. Le Groupe spécial répond que, d'après les experts qu'il a consultés, une fois qu'une substance a été administrée à un animal,

²³³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.233 (pour le carbadox uniquement); rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.236.

²³⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.234 (pour le carbadox uniquement); rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.237.

²³⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.235; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.238.

on sait qu'il restera toujours une certaine quantité de résidus de cette substance ou d'un métabolite, même infime, dans la viande de cet animal.²³⁶ A cet égard, le Canada a fait observer que, selon une étude de 1991 effectuée à la demande des Communautés européennes et communiquée au Groupe spécial, les métabolites de carbadox et d'olaquinox sont "presque complètement absorbés par la paroi intestinale" et que, "en cas d'utilisation de carbadox, un risque de mutagénicité ou de cancérogénicité pour le consommateur semble négligeable si le délai d'attente est rigoureusement respecté".²³⁷

234. Les Communautés européennes ont présenté un septième argument qu'elles n'ont pas repris dans leur appel: les parties plaignantes ne mettent en cause qu'une ou deux substances sur 10 000 à 15 000 médicaments vétérinaires dont l'utilisation est autorisée par les Communautés européennes, ce qui montre que celles-ci ont atteint "un degré remarquable de cohérence dans leurs niveaux de protection sanitaire".²³⁸ Le Groupe spécial note que les Communautés européennes l'ont informé que le Conseil des CE, par une Décision du 26 février 1996, avait déjà de sa propre initiative pris des dispositions en vue de réexaminer le cas du carbadox et de l'olaquinox. Pour le Groupe spécial, les arguments des Communautés européennes donnent à penser que ces dernières reconnaissent que la différence dans les niveaux de protection pour les hormones ajoutées et pour le carbadox et l'olaquinox ne peut pas être justifiée et devrait être réexaminée.²³⁹

235. Ayant examiné les arguments et contre-arguments susmentionnés, nous ne pouvons que partager l'avis du Groupe spécial selon lequel la différence dans les niveaux de protection adoptés par les CE pour les hormones en cause lorsqu'elles sont utilisées à des fins anabolisantes, d'une part, et pour le carbadox et l'olaquinox, d'autre part, est injustifiable au sens de l'article 5:5.

²³⁶Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.236; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.239.

²³⁷CEAS Consultants (Wye) Ltd. (et al.), *The Impact on Animal Husbandry in the European Community of the Use of Growth Promoters*, Final Report, Vol. I (1991), cité dans la communication du Canada en tant qu'intimé, paragraphes 180 et 181.

²³⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.237; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.240.

²³⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.237 (pour le carbadox uniquement); rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.240.

D. *Entraînant une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international*

236. Lorsqu'il interprète ce dernier élément ou cette dernière prescription de l'article 5:5, le Groupe spécial rappelle la conclusion formulée par l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*²⁴⁰ ("*Etats-Unis - Essence*") selon laquelle les expressions "discrimination arbitraire", "discrimination injustifiable" et "restriction déguisée au commerce international" figurant à l'article XX du GATT de 1994 peuvent se lire parallèlement, chacune influant sur le sens des autres.²⁴¹ Le Groupe spécial rappelle également la constatation que nous avons faite dans l'affaire *Japon - Boissons alcooliques*²⁴², et en particulier le critère au regard de la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994, selon lequel la différence de taxation devait être "appliquée ... de manière à protéger la production nationale". Il cite le passage où il est dit, dans la partie pertinente, que "il se peut que [la différence de taxation] le soit tellement plus que cette différence même fait ressortir clairement que la taxation différente a été appliquée "de manière à protéger la production nationale". Dans certains cas, cela peut être suffisant pour démontrer qu'il y a violation".²⁴³ Le Groupe spécial donne ensuite son interprétation de la dernière prescription de l'article 5:5 de l'*Accord SPS* dans les termes suivants:

Nous considérons que le raisonnement suivi dans les deux rapports de l'Organe d'appel est également applicable au rapport entre les trois éléments de l'article 5:5. Chacun de ces trois éléments donne sens aux deux autres. Néanmoins, pour donner effet à tous les trois éléments de l'article 5:5 et pour bien saisir le libellé de cette disposition dans son contexte, nous considérons qu'il faut distinguer les trois éléments et les examiner séparément. Toutefois, nous convenons aussi que dans certains cas, lorsqu'un Membre promulgue, pour des situations comparables, des mesures sanitaires correspondant à des niveaux différents de protection, l'ampleur de la différence entre ces niveaux conjuguée à son caractère arbitraire peut être suffisante pour permettre de conclure que cette différence dans les niveaux de protection "[entraîne] une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international" au sens de l'article 5:5 (conformément à l'argument selon lequel l'ampleur même d'une différence de taxation peut suffire pour permettre de conclure que cette différence de taxation est appliquée

²⁴⁰Rapport adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/AB/R.

²⁴¹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphes 8.182 et 8.240; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphes 8.185 et 8.243.

²⁴²Rapport adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

²⁴³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.183; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.186.

de façon à assurer une protection, au sens de la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT).²⁴⁴ (non souligné dans l'original)

237. Les Communautés européennes soulignent que le Groupe spécial a commis plusieurs erreurs dans l'interprétation du droit. Premièrement, le Groupe spécial ne tient pas compte du fait que les trois éléments du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 se présentent sous la forme d'alternatives ni du fait que les trois éléments de l'article 5:5 de l'*Accord SPS* ont un caractère additionnel et cumulatif.²⁴⁵ Deuxièmement, la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994 concerne l'incidence d'une taxe sur les rapports compétitifs pour des produits directement concurrents ou des produits directement substituables. Par ailleurs, la discrimination et la restriction déguisée au sens de l'article 5:5 de l'*Accord SPS* sont des concepts entièrement différents.²⁴⁶ Troisièmement, du fait de son interprétation de l'article 5:5, "une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international" n'est pas vraiment, pour le Groupe spécial, une troisième prescription ou une prescription additionnelle au titre de l'article 5:5.²⁴⁷

238. Nous souscrivons à l'avis du Groupe spécial selon lequel "il faut distinguer les trois éléments [de l'article 5:5] et les examiner séparément".²⁴⁸ Nous rappelons également notre interprétation selon laquelle l'article 5:5 et, en particulier, l'expression "une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international" doivent être lus dans le contexte des obligations fondamentales énoncées à l'article 2:3 qui exige que "les mesures sanitaires ... ne [soient] pas appliquées de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international" (non souligné dans l'original).²⁴⁹

239. Par contre, nous ne sommes pas d'accord avec le Groupe spécial sur deux points. Premièrement, étant donné les différences structurelles entre les conditions énoncées dans le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 et les éléments de l'article 5:5 de l'*Accord SPS*, le raisonnement figurant dans notre rapport sur l'affaire *Etats-Unis - Essence*, cité par le Groupe spécial, ne peut pas être utilisé

²⁴⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.184; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.187.

²⁴⁵Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphes 471 à 477.

²⁴⁶Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 486.

²⁴⁷Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 491.

²⁴⁸Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.184; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.187.

²⁴⁹Voir le paragraphe 212 du présent rapport.

tel quel dans une affaire concernant l'article 5:5 de l'*Accord SPS*. Deuxièmement, à notre avis, il est également injustifié de présumer que le raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *Japon - Boissons alcooliques*²⁵⁰, concernant la déduction qui peut être tirée uniquement de l'importance d'une différence de taxation aux fins de l'application de la deuxième phrase de l'article III:2 du GATT de 1994, est applicable à la question tout à fait différente de savoir si des différences arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection contre des risques pour la santé ou la vie des personnes "entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international".²⁵¹

240. A notre avis, le degré de différence, ou l'ampleur de la divergence, dans les niveaux de protection, n'est qu'un type de facteur qui, parmi d'autres, peut, par un effet de cumul, amener à la conclusion qu'une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international résulte en fait de l'application d'une mesure ou de mesures concrétisant un ou plusieurs de ces niveaux différents de protection. En conséquence, nous ne pensons pas que la différence entre un "niveau zéro de résidus" et un "niveau illimité de résidus" soit, conjointement à une constatation de l'existence d'une différence arbitraire ou injustifiable, suffisante pour démontrer que la troisième, et la plus importante, prescription de l'article 5:5 a été respectée. Il convient de se rappeler que, après tout, la différence dans les niveaux de protection qui peut être considérée comme arbitraire ou injustifiable n'est qu'un élément de preuve (indirecte) montrant qu'un Membre peut effectivement appliquer une mesure SPS d'une manière qui établit une discrimination entre les Membres ou constitue une restriction déguisée au commerce international, ce qu'interdisent les obligations fondamentales énoncées à l'article 2:3 de l'*Accord SPS*. De toute évidence, la réponse à la question de savoir si des différences ou des distinctions arbitraires ou injustifiables dans les niveaux de protection établis par un Membre entraînent effectivement une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international doit être recherchée dans les circonstances propres à chaque cas.

241. Dans le présent appel, il faut examiner cette question uniquement en ce qui concerne la différence dans les niveaux de protection établis pour les hormones en cause et pour le carbadox et l'olaquinox.

²⁵⁰Rapport adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

²⁵¹La différence dont il était question dans l'affaire *Japon - Boissons alcooliques* était une différence de taxation qui est loin d'être comparable à une différence dans les niveaux de protection. Contrairement à une différence dans les niveaux de protection, une différence de taxation est toujours exprimée en termes quantitatifs et une différence de taxation importante en faveur des produits nationaux affectera inévitablement la compétitivité des produits importés et assurera donc une protection aux produits nationaux. Il y a un rapport clair et linéaire entre une différence de taxation et la protection assurée aux produits nationaux. Il n'y a en revanche aucun rapport de ce genre entre une différence dans les niveaux de protection de la santé des personnes et une discrimination ou une restriction déguisée au commerce.

242. Selon le Groupe spécial, l'"importance" de la distinction "arbitraire ou injustifiable" entre le niveau de protection pour les hormones en cause et le niveau de protection pour le carbadox et l'olaquinox entraîne une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international. Le Groupe spécial fonde cette constatation sur: i) la grande différence dans les niveaux de protection, à savoir, la différence entre un "niveau zéro de résidus" pour les cinq hormones en cause lorsqu'elles sont utilisées comme anabolisants et un "niveau illimité de résidus" pour le carbadox et l'olaquinox; ii) le fait que les Communautés européennes n'ont pas justifié de manière plausible cette différence importante; et iii) la nature de la mesure communautaire, c'est-à-dire l'interdiction d'importer, qui restreint forcément le commerce international.²⁵²

243. Le Groupe spécial invoque, à l'appui de sa constatation, trois facteurs additionnels: iv) les objectifs (à part la protection de la santé humaine) qu'à son avis les Communautés européennes avaient en vue lorsqu'elles ont promulgué ou maintenu leur interdiction, tels qu'ils sont énoncés dans les considérants relatifs aux mesures en cause, les rapports du Parlement européen et les avis rendus par le Comité économique et social des CE. Il s'agit, notamment, d'harmoniser les systèmes de réglementation des différents Etats membres de l'Union européenne et de mettre fin aux distorsions qui faussent la concurrence et aux obstacles qui entravent le commerce intracommunautaire de la viande de boeuf, et de promouvoir l'accroissement de la consommation de viande de boeuf de façon à réduire les excédents dans les CE tout en accordant un traitement plus favorable aux producteurs communautaires²⁵³; v) avant l'entrée en vigueur de l'interdiction d'importer (en 1987), le pourcentage d'animaux traités à des fins anabolisantes avec les hormones en cause était nettement inférieur dans les Communautés européennes qu'au Canada et aux Etats-Unis. Il en résulte apparemment, pour le Groupe spécial, que les mesures communautaires constituent une discrimination *de facto* à l'égard de la viande de boeuf importée produite en utilisant des hormones à des fins anabolisantes²⁵⁴; et vi) le fait que les hormones en cause sont utilisées à des fins anabolisantes dans le secteur de la viande bovine "où les Communautés européennes veulent semble-t-il limiter l'offre et sont visiblement moins préoccupées par leur compétitivité internationale", tandis que le carbadox et l'olaquinox sont utilisés

²⁵²Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.241; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.244.

²⁵³Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.242; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.245.

²⁵⁴Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.242; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.245.

à des fins anabolisantes dans le secteur de la viande de porc "où il n'y a pas d'excédents communautaires et où la compétitivité internationale revêt un caractère plus prioritaire".²⁵⁵

244. Dans leur appel, les Communautés européennes soulignent que l'interdiction d'utiliser des hormones à des fins anabolisantes s'applique également à la viande de boeuf produite dans les Communautés européennes et aux importations de viande de boeuf.²⁵⁶ Elles font valoir aussi que la motivation primordiale en ce qui concerne tant l'interdiction d'utiliser au niveau communautaire des hormones à des fins anabolisantes que l'interdiction d'importer de la viande traitée, est la protection de la santé et de la sécurité de leur population. Il n'a pas été dit que l'interdiction d'importer de la viande traitée était le résultat de pressions exercées par les producteurs communautaires de viande de boeuf. Il est également précisé que la législation (des gouvernements représentatifs) répond normalement à des objectifs multiples. S'il y avait un pourcentage plus élevé de viande de boeuf traitée avec des hormones anabolisantes au Canada et aux Etats-Unis que dans les Communautés européennes, c'était simplement parce que le Canada et les Etats-Unis autorisaient cette pratique depuis longtemps, ce qui n'était pas le cas des Communautés européennes. Le long passé des directives des CE devait être rappelé à cet égard. L'interdiction d'importer ne pouvait avoir été conçue simplement pour protéger les producteurs de viande de boeuf communautaires par rapport aux producteurs de viande de boeuf des Etats-Unis et du Canada, étant donné qu'il était précisément interdit aux producteurs de viande de boeuf communautaires d'utiliser les mêmes hormones aux mêmes fins. Nous notons, à cet égard, que l'interdiction concernant l'utilisation dans les Communautés exclut aussi forcément toute exportation de viande traitée par les producteurs communautaires.

245. Nous n'accordons pas la même importance que le Groupe spécial aux objectifs multiples que les Communautés européennes auraient eues lorsqu'elles ont promulgué les directives qui définissent les mesures communautaires en cause. La documentation qui a précédé ou accompagné la promulgation de l'interdiction d'utiliser des hormones à des fins anabolisantes et qui faisait partie du dossier du Groupe spécial fait clairement ressortir l'ampleur et l'intensité des craintes suscitées dans les Communautés européennes par les résultats des études scientifiques générales (montrant la cancérogénicité des hormones), les risques d'abus (mis en évidence par des scandales concernant la vente au noir et la contrebande de médicaments vétérinaires interdits dans les Communautés européennes) pour les hormones et autres substances utilisées à des fins anabolisantes et les vives préoccupations des consommateurs

²⁵⁵Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.243 (pour le carbadox uniquement); rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.246.

²⁵⁶Communication des CE en tant qu'appelant, paragraphe 552.

des Communautés européennes quant à la qualité de la viande disponible sur le marché intérieur et le fait qu'elle ne doit pas comporter de substances chimiques.²⁵⁷ Un problème majeur traité lors du processus législatif des Communautés européennes concernait les différences dans les réglementations internes des différents Etats membres de l'Union européenne (quatre ou cinq d'entre eux autorisaient l'utilisation de certaines hormones à des fins anabolisantes, alors que les autres l'interdisaient), les distorsions des conditions de concurrence dans le commerce intracommunautaire qui en résultaient et l'existence d'obstacles à ce commerce. La nécessité d'harmoniser les réglementations internes des Etats membres découlait du fait que les Communautés européennes avaient pour mandat d'établir un marché commun (intérieur) de la viande de boeuf.²⁵⁸ Une réduction de tout excédent de viande de boeuf grâce à une augmentation de la consommation de ce produit dans les Communautés européennes est dans l'intérêt non seulement des éleveurs communautaires, mais aussi des éleveurs qui dans les pays exportateurs n'utilisent pas d'hormones. Nous ne pouvons pas être d'accord avec le Groupe spécial quand il déduit apparemment que l'interdiction d'importer de la viande traitée et l'interdiction d'utiliser dans les Communautés les hormones en cause à des fins anabolisantes dans le secteur de la viande de boeuf n'étaient pas réellement destinées à protéger la population contre le risque de cancer, mais visaient à écarter la viande de boeuf américaine et canadienne traitée aux hormones et, dès lors, à protéger les producteurs de viande de boeuf communautaires.

246. Notre conclusion, en conséquence, est que la constatation du Groupe spécial selon laquelle la différence "arbitraire ou injustifiable" dans les niveaux de protection adoptés par les CE pour les hormones en cause, d'une part, et pour le carbadox et l'olaquinox, d'autre part, "[entraîne] une

²⁵⁷Voir par exemple: Avis du Comité économique et social du 13 décembre 1984 sur la proposition de directive du Conseil modifiant la directive 81/602/CEE concernant l'interdiction de certaines substances à effet hormonal et des substances à effet thyrostatique, Journal officiel, n° C 44, 15 février 1985, page 14; Résolution du Parlement européen du 11 octobre 1985 sur la proposition de directive du Conseil modifiant la directive 81/602/CEE concernant l'interdiction de certaines substances à effet hormonal et des substances à effet thyrostatique, Journal officiel, n° C 288, 11 novembre 1985, page 158; Résolution du Parlement européen du 16 septembre 1988 sur l'utilisation d'hormones dans la production de viande, Journal officiel, n° C 262, 10 octobre 1988, page 167; et Résolution du Parlement européen du 14 avril 1989 sur le refus des Etats-Unis de se conformer aux législations communautaires en matière d'abattoirs et d'hormones et sur les conséquences de ce refus, Journal officiel, n° C 120, 16 mai 1989, page 356. Cette dernière résolution était fondée, entre autres, sur le Rapport Pimenta, Parties A et B.

²⁵⁸L'article 7a du Traité instituant la Communauté économique européenne dispose ce qui suit:

La Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 ... Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité.

discrimination ou une restriction déguisée au commerce international" n'est étayée ni par l'architecture et la structure des directives communautaires en cause ou de la directive ultérieure sur le carbadox et l'olaquinox, ni par les preuves que les Etats-Unis et le Canada ont présentées au Groupe spécial. La constatation du Groupe spécial est elle-même injustifiée et constitue une erreur de droit. En conséquence, nous infirmons la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les Communautés européennes ont agi d'une manière incompatible avec les prescriptions contenues à l'article 5:5 de l'*Accord SPS*.

XIII. Appels des Etats-Unis et du Canada: articles 2:2 et 5:6 de l'*Accord SPS*

247. Le Groupe spécial s'est abstenu de faire des constatations au titre des articles 2:2 et 5:6 de l'*Accord SPS*. Pour ce qui est de l'article 2:2, le Groupe spécial, après avoir constaté que les mesures des CE étaient incompatibles avec les articles 3:1 et 5:1 et 5, a estimé qu'il n'était pas nécessaire de faire une constatation au sujet de la compatibilité de ces mesures avec l'article 2:2. En formulant cette conclusion, le Groupe spécial a aussi estimé que les articles 3 et 5 prévoyaient des droits et obligations plus spécifiques que les "droits et obligations fondamentaux" énoncés à l'article 2.²⁵⁹

248. En ce qui concerne l'article 5:6, le Groupe spécial a estimé que, puisqu'il avait déjà constaté que le niveau de protection communautaire découlant de la mesure en cause avait été adopté en contravention de l'article 5:5, il n'était pas nécessaire d'examiner aussi si cette mesure était par ailleurs plus restrictive pour le commerce qu'il n'était requis pour obtenir ce niveau au sens de l'article 5:6.²⁶⁰

249. Les Etats-Unis, en tant qu'appelant, estiment que le Groupe spécial a fait toutes les constatations nécessaires et aurait dû déclarer l'interdiction d'importer des Communautés incompatible avec l'article 2:2.²⁶¹ Ils soutiennent aussi que le texte des articles 2, 3 et 5 n'indique pas que toutes les obligations énoncées à l'article 2:2 sont incorporées dans les articles 3 et 5.²⁶² S'agissant de l'article 5:6, les Etats-Unis allèguent également que les constatations du Groupe spécial au sujet de l'article 5:5 sont suffisantes pour établir que l'interdiction d'importer des Communautés est aussi incompatible avec

²⁵⁹Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.271; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.274.

²⁶⁰Rapport du Groupe spécial Etats-Unis, paragraphe 8.247; rapport du Groupe spécial Canada, paragraphe 8.250.

²⁶¹Communication des Etats-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 4.

²⁶²Communication des Etats-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 18.

l'article 5:6.²⁶³ Des arguments similaires sont présentés par le Canada dans sa communication en tant qu'appelant.²⁶⁴

250. Nous approuvons l'application par le Groupe spécial de la notion d'économie jurisprudentielle. Nous avons confirmé la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les mesures communautaires sont incompatibles avec l'article 5:1 étant donné que les Communautés n'ont pas fourni une évaluation des risques qui étaye raisonnablement ces mesures. Dans ce cas, il ne nous paraît ni nécessaire ni approprié de déterminer s'il y a aussi eu violation de l'article 2:2 de l'*Accord SPS*. Si nous avons infirmé la conclusion du Groupe spécial au sujet de l'incompatibilité des mesures communautaires avec l'article 5:1, nous aurions logiquement dû nous demander s'il pouvait néanmoins y avoir violation de l'article 2:2. Nous sommes bien entendu surpris que le Groupe spécial n'ait pas commencé par analyser toute cette affaire au regard de l'article 2, qui est intitulé "Droits et obligations fondamentaux", approche qui d'un point de vue logique paraît attrayante. Nous rappelons l'interprétation que nous avons donnée ci-dessus des articles 2 et 5 - à savoir que l'article 2:2 éclaire l'article 5:1 et que, de même, l'article 2:3 éclaire l'article 5:5 - mais nous estimons qu'il faudrait attendre une autre occasion pour procéder à une analyse plus poussée de leurs rapports.

251. Nous avons dans le même temps infirmé la conclusion formulée par le Groupe spécial au titre de l'article 5:5 de l'*Accord SPS*, selon laquelle les niveaux de protection fixés par les Communautés européennes pour ce qui est de l'utilisation d'hormones à des fins anabolisantes entraînent une discrimination ou une restriction déguisée au commerce international. Toutefois, il ne peut pas être présumé que le Groupe spécial a fait toutes les constatations de fait nécessaires pour déterminer que les mesures communautaires sont compatibles ou incompatibles avec les prescriptions de l'article 5:6 qui prévoit aussi qu'il faudrait tenir compte de la "faisabilité technique et économique". Ce sont là autant de raisons qui amènent à s'abstenir d'examiner la licéité des mesures au regard de l'article 5:6 et à adhérer aux règles de prudence dictées par le principe de l'économie jurisprudentielle.

252. Nous estimons par conséquent, et affirmons, que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur en s'abstenant de faire des constatations concernant les articles 2:2 et 5:6 de l'*Accord SPS*.

²⁶³Communication des Etats-Unis en tant qu'appelant, paragraphe 20.

²⁶⁴Communication du Canada en tant qu'appelant, paragraphes 19 à 22.

XIV. Constatations et conclusions

253. Pour les raisons exposées dans les sections précédentes du présent rapport, l'Organe d'appel:

- a) infirme la décision générale du Groupe spécial en matière d'interprétation selon laquelle l'*Accord SPS* attribue la charge de la preuve au Membre qui impose une mesure SPS, et infirme également la conclusion du Groupe spécial selon laquelle, lorsque la mesure d'un Membre n'est pas établie sur la base d'une norme internationale conformément à l'article 3:1, il incombe à ce Membre de démontrer que sa mesure SPS est compatible avec l'article 3:3 de l'*Accord SPS*;
- b) conclut que le Groupe spécial a appliqué le critère d'examen approprié au titre de l'*Accord SPS*;
- c) confirme les conclusions du Groupe spécial selon lesquelles le principe de précaution ne l'emporterait pas sur l'énoncé explicite de l'article 5:1 et 2, et a été incorporé, entre autres, dans l'article 5:7 de l'*Accord SPS*;
- d) confirme la conclusion du Groupe spécial selon laquelle l'*Accord SPS*, et en particulier l'article 5:1 et 5, s'applique aux mesures qui ont été adoptées avant l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC mais qui restent ensuite en vigueur;
- e) conclut que le Groupe spécial, bien qu'il ait parfois mal interprété certaines des preuves dont il disposait, s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord de procéder à une évaluation objective des faits de la cause;
- f) conclut que les procédures suivies par le Groupe spécial dans les deux procédures -- pour le choix et l'utilisation des experts, l'octroi de droits de tierce partie additionnels aux Etats-Unis et au Canada et la formulation de constatations sur la base d'arguments que les parties n'avaient pas présentés -- sont compatibles avec le Mémoire d'accord et l'*Accord SPS*;

- g) infirme la conclusion du Groupe spécial selon laquelle les expressions "sur la base de" et "fondées sur" utilisées à l'article 3:1 et 3 ont le même sens que l'expression "conformes aux" utilisée à l'article 3:2 de l'*Accord SPS*;
- h) modifie l'interprétation donnée par le Groupe spécial de la relation entre les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 3 de l'*Accord SPS*, et infirme la conclusion du Groupe spécial selon laquelle, en maintenant, sans justification au titre de l'article 3:3, des mesures SPS qui ne sont pas établies sur la base de normes internationales existantes, les Communautés européennes ont agi de manière incompatible avec l'article 3:1 de l'*Accord SPS*;
- i) confirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle une mesure, pour être compatible avec les prescriptions de l'article 3:3, doit satisfaire, entre autres, aux prescriptions contenues à l'article 5 de l'*Accord SPS*;
- j) modifie l'interprétation donnée par le Groupe spécial du concept d'"évaluation des risques" en affirmant que ni l'article 5:1 et 2 ni l'Annexe A.4 de l'*Accord SPS* n'exigent une évaluation des risques pour établir un ordre de grandeur minimal quantifiable du risque, et que ces dispositions n'excluent pas à priori du champ de l'évaluation des risques des éléments qui ne se prêtent pas à une analyse quantitative faisant appel aux méthodes de laboratoire empiriques ou expérimentales couramment associées aux sciences physiques;
- k) infirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle l'expression "sur la base de" utilisée à l'article 5:1 de l'*Accord SPS* entraîne une "prescription de forme minimale" voulant qu'un Membre qui impose une mesure SPS fournisse la preuve qu'il a effectivement tenu compte d'une évaluation des risques lorsqu'il a adopté ou maintenu la mesure;
- l) confirme la constatation du Groupe spécial selon laquelle les mesures communautaires en cause sont incompatibles avec les prescriptions de l'article 5:1 de l'*Accord SPS*, mais modifie l'interprétation du Groupe spécial en affirmant que l'article 5:1, lu conjointement avec l'article 2:2, dispose que les résultats de l'évaluation des risques doivent justifier suffisamment la mesure SPS en cause;

- m) infirme les constatations et conclusions du Groupe spécial concernant l'article 5:5 de l'*Accord SPS*; et
- n) conclut que le Groupe spécial a fait preuve de l'économie jurisprudentielle voulue en ne formulant pas de constatations au sujet des articles 2:2 et 5:6 de l'*Accord SPS*.

254. Les constatations et conclusions juridiques qui précèdent confirment, modifient et infirment les constatations et conclusions du Groupe spécial exposées dans les parties VIII et IX de ses rapports, mais laissent intactes les constatations et conclusions du Groupe spécial qui ne faisaient pas l'objet du présent appel.

255. L'Organe d'appel *recommande* que l'Organe de règlement des différends demande aux Communautés européennes de mettre les mesures SPS qui, dans le présent rapport et dans les rapports du Groupe spécial, tels qu'ils sont modifiés par le présent rapport, sont jugées incompatibles avec l'*Accord SPS* en conformité avec les obligations découlant pour les Communautés européennes de cet accord.

Texte original signé à Genève le 5 janvier 1998 par:

Florentino Feliciano
Président de la section

Claus-Dieter Ehlermann
Membre

Mitsuo Matsushita
Membre

WORLD TRADE

WT/DS26/AB/R

WT/DS48/AB/R

16 January 1998

ORGANIZATION

(98-0099)

Appellate Body

**EC MEASURES CONCERNING MEAT AND MEAT PRODUCTS
(HORMONES)**

AB-1997-4

Report of the Appellate Body

I.	Introduction: Statement of the Appeal	1
II.	Arguments of the Participants and Third Participants	4
A.	<i>Claims of Error by the European Communities - Appellant</i>	4
	1. Burden of Proof	4
	2. Standard of Review	6
	3. The Precautionary Principle	7
	4. Objective Assessment of the Facts	7
	5. Temporal Application of the <i>SPS Agreement</i>	8
	6. Article 3.1	9
	7. Article 3.3	10
	8. Article 5.1	10
	9. Article 5.5	13
	10. Procedural Issues	15
B.	<i>Arguments by the United States - Appellee</i>	16
	1. Burden of Proof	16
	2. Standard of Review	17
	3. The Precautionary Principle	18
	4. Objective Assessment of the Facts	18
	5. Temporal Application of the <i>SPS Agreement</i>	18
	6. Article 3.1	19
	7. Article 3.3	19
	8. Article 5.1	19
	9. Article 5.5	20
	10. Procedural Issues	21
C.	<i>Arguments by Canada - Appellee</i>	23
	1. Burden of Proof	23
	2. The Precautionary Principle	23
	3. Objective Assessment of the Facts	24
	4. Temporal Application of the <i>SPS Agreement</i>	24
	5. Article 3.1	24
	6. Article 3.3	25
	7. Article 5.1	25
	8. Article 5.5	26
	9. Procedural Issues	26
D.	<i>Claims of Error by the United States - Appellant</i>	27
	1. Article 2.2	27
	2. Article 5.6	28
E.	<i>Claims of Error by Canada - Appellant</i>	29
	1. Article 5.6	29

F.	<i>Arguments by the European Communities - Appellee</i>	30
1.	Article 2.2	30
2.	Article 5.6	31
G.	<i>Arguments by the Third Participants</i>	32
1.	Australia	32
2.	New Zealand	34
3.	Norway	34
III.	Issues Raised in this Appeal	35
IV.	Allocating the Burden of Proof in Proceedings Under the <i>SPS Agreement</i>	36
V.	The Standard of Review Applicable in Proceedings Under the <i>SPS Agreement</i>	41
VI.	The Relevance of the Precautionary Principle in the Interpretation of the <i>SPS Agreement</i>	46
VII.	Application of the <i>SPS Agreement</i> to Measures Enacted Before 1 January 1995	49
VIII.	The Requirement of Objective Assessment of the Facts by a Panel Under Article 11 of the DSU	51
A.	<i>Evidence with Regard to MGA</i>	52
B.	<i>Evidence with Regard to the Five Other Hormones</i>	53
C.	<i>Evidence with Regard to the Issue of Control</i>	56
D.	<i>Evidence on Article 5.5</i>	57
IX.	Certain Procedures Adopted by the Panel	58
A.	<i>The Selection and Use of Experts</i>	58
B.	<i>Additional Third Party Rights to the United States and Canada</i>	59
C.	<i>The Difference Between Legal Claims and Arguments</i>	62
X.	The Interpretation of Articles 3.1 and 3.3 of the <i>SPS Agreement</i>	64
A.	<i>The Meaning of "Based On" as Used in Article 3.1 of the SPS Agreement</i>	64
B.	<i>Relationship Between Articles 3.1, 3.2 and 3.3 of the SPS Agreement</i>	68
C.	<i>The Requirements of Article 3.3 of the SPS Agreement</i>	69
XI.	The Reading of Articles 5.1 and 5.2 of the <i>SPS Agreement</i> : Basing SPS Measures on a Risk Assessment	72
A.	<i>The Interpretation of "Risk Assessment"</i>	72
1.	Risk Assessment and the Notion of "Risk"	73
2.	Factors to be Considered in Carrying Out a Risk Assessment	75

B.	<i>The Interpretation of "Based On"</i>	76
1.	A "Minimum Procedural Requirement" in Article 5.1?	76
2.	Substantive Requirement of Article 5.1 - Rational Relationship Between an SPS Measure and a Risk Assessment	77
XII.	The Reading of Article 5.5 of the <i>SPS Agreement</i> : Consistency of Levels of Protection and Resulting Discrimination or Disguised Restriction on International Trade	86
A.	<i>General Considerations: the Elements of Article 5.5</i>	86
B.	<i>Different Levels of Protection in Different Situations</i>	88
C.	<i>Arbitrary or Unjustifiable Differences in Levels of Protection</i>	89
D.	<i>Resulting in Discrimination or a Disguised Restriction on International Trade</i>	95
XIII.	Appeals by the United States and Canada: Articles 2.2 and Article 5.6 of the <i>SPS Agreement</i>	101
XIV.	Findings and Conclusions	102



WORLD TRADE ORGANIZATION
APPELLATE BODY

**EC Measures Concerning Meat and Meat
Products (Hormones)**

European Communities, *Appellant/Appellee*

United States, *Appellant/Appellee*
Canada, *Appellant/Appellee*

Australia, New Zealand and Norway, *Third
Participants*

AB-1997-4

Present:

Feliciano, Presiding Member
Ehlermann, Member
Matsushita, Member

I. Introduction: Statement of the Appeal

1. The European Communities, the United States and Canada appeal from certain issues of law and legal interpretations in the Panel Reports, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*.¹ These two Panel Reports, circulated to Members of the World Trade Organization ("WTO") on 18 August 1997, were rendered by two Panels composed of the same three persons.² These Panel Reports are similar, but they are not identical in every respect. The Panel in the complaint brought by the United States was established by the Dispute Settlement Body (the "DSB") on 20 May 1996. On 16 October 1996, the DSB established the Panel in the complaint brought by Canada. The European Communities and Canada agreed, on 4 November 1996, that the composition of the latter Panel would be identical to the composition of the Panel established at the request of the United States.

2. The Panel dealt with a complaint against the European Communities relating to an EC prohibition of imports of meat and meat products derived from cattle to which either the natural hormones: oestradiol-17 β , progesterone or testosterone, or the synthetic hormones: trenbolone acetate, zeranol

¹Complaint by the United States, WT/DS26/R/USA, (the "US Panel Report") and Complaint by Canada, WT/DS48/R/CAN, (the "Canada Panel Report").

²As the composition of both Panels was identical, we will refer to the Panels as "the Panel".

or melengestrol acetate ("MGA"), had been administered for growth promotion purposes. This import prohibition was set forth in a series of Directives of the Council of Ministers that were enacted before 1 January 1995. Those Directives were:

1. Council Directive 81/602/EEC of 31 July 1981 ("Directive 81/602")³;
2. Council Directive 88/146/EEC of 7 March 1988 ("Directive 88/146")⁴; and
3. Council Directive 88/299/EEC of 17 May 1988 ("Directive 88/299")⁵.

3. Directive 81/602 prohibited the administration to farm animals of substances having a hormonal action and of substances having a thyrostatic action. It also prohibited the placing on the European market of both domestically produced and imported meat and meat products derived from farm animals to which such substances had been administered. Two exceptions to this prohibition were provided for. One exception covered substances with an oestrogenic, androgenic or gestagenic action when used for therapeutic or zootechnical purposes and administered by a veterinarian or under a veterinarian's responsibility. The other exception related to three natural hormones (oestradiol - 17 β , progesterone and testosterone) and two synthetic hormones (trenbolone acetate and zeranol) used for growth promotion purposes if allowed under the regulations of the Member States of the European Economic Community ("EEC"), until a detailed examination of the effects of these substances could be carried out and until the EEC could take a decision on the use of these substances for growth promotion. The sixth hormone involved in this appeal, MGA, was not included in the second exception; it was covered by the general prohibition concerning substances having a hormonal or thyrostatic action.

4. Seven years later⁶, Directive 88/146 was promulgated prohibiting the administration to farm animals of the synthetic hormones: trenbolone acetate and zeranol, for any purposes, as well as the administration of the natural hormones: oestradiol - 17 β , progesterone and testosterone, for growth promotion or fattening purposes. This Directive permitted Member States of the EEC to authorize,

³Official Journal, No. L 222, 7 August 1981, p. 32.

⁴Official Journal, No. L 70, 16 March 1988, p. 16.

⁵Official Journal, No. L 128, 21 May 1988, p. 36.

⁶It should be noted that on 31 December 1985 the Council of Ministers adopted Directive 85/649/EEC prohibiting the use in livestock farming of certain substances having a hormonal action. Official Journal, No. L 382, 31 December 1985, p. 228. This Directive prohibited the use of all the hormones (except MGA, the use of which had been previously prohibited) for growth promotion purposes and established more detailed provisions concerning authorized therapeutic uses. This Directive was challenged in the Court of Justice of the European Communities, which annulled it on procedural grounds in its Judgment of 23 February 1988, [1988] E.C.R. 855. Shortly afterwards, the European Commission submitted to the Council a proposal for a substantively identical Directive, which the Council adopted on 7 March 1988 as Directive 88/146/EEC.

under specified conditions, the use of the three natural hormones for therapeutic and zootechnical purposes. Directive 88/146 explicitly prohibited both the intra-EEC trade and the importation from third countries of meat and meat products obtained from animals to which substances having oestrogenic, androgenic, gestagenic or thyrostatic action had been administered. Trade in meat and meat products derived from animals treated with such substances for therapeutic or zootechnical purposes was allowed only under certain conditions. Those conditions were set out in Directive 88/299.

5. Effective as of 1 July 1997, Directives 81/602, 88/146 and 88/299 were repealed and replaced with Council Directive 96/22/EC of 29 April 1996 ("Directive 96/22").⁷ This Directive maintains the prohibition of the administration to farm animals of substances having a hormonal or thyrostatic action. As under the previously applicable Directives, it is prohibited to place on the market, or to import from third countries, meat and meat products from animals to which such substances, including the six hormones at issue in this dispute, were administered. This Directive also continues to allow Member States to authorize the administration, for therapeutic and zootechnical purposes, of certain substances having a hormonal or thyrostatic action. Under certain conditions, Directive 96/22 allows the placing on the market, and the importation from third countries, of meat and meat products from animals to which these substances have been administered for therapeutic and zootechnical purposes.

6. The Panel circulated its Reports to the Members of the WTO on 18 August 1997. The US Panel Report and the Canada Panel Report reached the same conclusions in paragraph 9.1:

(i) The European Communities, by maintaining sanitary measures which are not based on a risk assessment, has acted inconsistently with the requirements contained in Article 5.1 of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

(ii) The European Communities, by adopting arbitrary or unjustifiable distinctions in the levels of sanitary protection it considers to be appropriate in different situations which result in discrimination or a disguised restriction on international trade, has acted inconsistently with the requirement contained in Article 5.5 of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

(iii) The European Communities, by maintaining sanitary measures which are not based on existing international standards without justification under Article 3.3 of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, has acted inconsistently with the requirements of Article 3.1 of that Agreement.

⁷Official Journal, No. L 125, 23 May 1996, p. 3.

In both Reports, the Panel recommended in paragraph 9.2:

... that the Dispute Settlement Body requests the European Communities to bring its measures in dispute into conformity with its obligations under the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.

7. On 24 September 1997, the European Communities notified the DSB of its decision to appeal certain issues of law covered in the Panel Reports and certain legal interpretations developed by the Panel, pursuant to paragraph 4 of Article 16 of the *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (the "DSU"), and filed two notices of appeal⁸ with the Appellate Body pursuant to Rule 20 of the *Working Procedures for Appellate Review* (the "*Working Procedures*"). Pursuant to Rule 21 of the *Working Procedures*, the European Communities filed an appellant's submission on 6 October 1997. On 9 October 1997, the United States and Canada filed appellants' submissions pursuant to Rule 23(1) of the *Working Procedures*. On 20 October 1997, the United States and Canada each filed an appellee's submission pursuant to Rule 22 of the *Working Procedures* and the European Communities filed its own appellee's submission pursuant to Rule 23(3) of the *Working Procedures*. On the same day, Australia, New Zealand and Norway filed separate third participants' submissions in accordance with Rule 24 of the *Working Procedures*.

8. The oral hearing was held on 4 and 5 November 1997. The participants and third participants presented oral arguments and responded to questions put to them by the Members of the Division hearing this appeal. The participants and third participants also gave oral concluding statements.

II. Arguments of the Participants and Third Participants

A. Claims of Error by the European Communities - Appellant

1. Burden of Proof

9. The European Communities argues that the Panel erred in its allocation of the burden of proof in this dispute in three respects. In the view of the European Communities, the Panel erred on the

⁸WT/DS26/9, 25 September 1997, and WT/DS48/7, 25 September 1997.

issue of burden of proof under the *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures* (the "*SPS Agreement*") in general; in allocating the burden of proof under Article 3.3 of the *SPS Agreement*; and in allocating the burden of proof under Article 5.1 of the *SPS Agreement*.

10. In respect of the issue of burden of proof under the *SPS Agreement* in general, the European Communities argues that the Panel erred in finding that the burden of proof under the *SPS Agreement* rests on the Member imposing a measure.⁹ According to the European Communities, none of the general considerations invoked by the Panel supports the view that special rules on the burden of proof should be applied in proceedings concerning the *SPS Agreement*.

11. As to the allocation of the burden of proof under Article 3.3 of the *SPS Agreement*, the European Communities disagrees with the Panel's finding that Article 3.3 constitutes an exception to the general obligation, contained in Article 3.1, to base measures on international standards, and that the burden of proof under Article 3.3 is therefore on the responding party.¹⁰ The European Communities argues that the *SPS Agreement* expressly recognizes that a Member has the right to choose an appropriate level of sanitary and phytosanitary protection, and that Article 3.3 lays down specific conditions governing the exercise of that right in those cases where an international standard exists. According to the European Communities, Article 3.1 does not provide a "general obligation" to be read in isolation, but presents one of three options available to a Member when an international standard exists.

12. With regard to the burden of proof under Article 5.1 of the *SPS Agreement*, the European Communities opposes the Panel's finding that Canada and the United States had met their burden of presenting a *prima facie* case of inconsistency with Article 5.1, in respect of importation of meat treated with the MGA hormone.¹¹ The European Communities notes that Canada and the United States stated that they had conducted risk assessments and had authorized MGA for growth promotion, but refused to provide scientific evidence and information, claiming their studies were proprietary and confidential in nature. The European Communities believes that the Panel has fundamentally erred in law by condoning the refusals by Canada and the United States to submit all studies available.

⁹US Panel Report, paras. 8.52-8.54; Canada Panel Report, paras. 8.55-8.57.

¹⁰US Panel Report, para. 8.86; Canada Panel Report, para. 8.89.

¹¹US Panel Report, para. 8.253; Canada Panel Report, para. 8.256.

2. Standard of Review

13. The European Communities claims that the Panel erred in law¹² by not according deference to the following aspects of the EC measures: first, the decision of the European Communities to set and apply a level of sanitary protection higher than that recommended by the Codex Alimentarius (the "Codex") for the risks arising from the use for growth promotion of the hormones in dispute; second, the EC's scientific assessment and management of the risk from the hormones at issue, and third, the EC's adherence to the precautionary principle and its aversion to accepting any increased carcinogenic risk.

14. It is submitted by the European Communities that WTO panels should adopt a deferential "reasonableness" standard when reviewing a Member's decision to adopt a particular science policy or a Member's determination that a particular inference from the available data is scientifically plausible. To the European Communities, the Panel in this case imposed its own assessment of the scientific evidence.

15. The European Communities asserts that GATT 1947 panel reports rejected a *de novo* standard of review in relation to fact-finding¹³, and that this approach has been maintained by panels established under the DSU.¹⁴ It is contended that the "reasonable deference standard of review" has been given expression in the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*¹⁵ (the "WTO Agreement") in Article 17.6 of the *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994* (the "Anti-Dumping Agreement"). The European Communities

¹²US Panel Report, paras. 8.124, 8.127, 8.133, 8.134, 8.145, 8.146, 8.194, 8.199, 8.213 and 8.255; Canada Panel Report, paras. 8.127, 8.130, 8.136, 8.137, 8.148, 8.149, 8.197, 8.202, 8.216 and 8.258.

¹³The European Communities refers to: Panel Report, *United States - Imposition of Anti-Dumping Duties on Imports of Fresh and Chilled Atlantic Salmon from Norway*, adopted 27 April 1994, ADP/87; Panel Report, *United States - Imposition of Countervailing Duties on Imports of Fresh and Chilled Atlantic Salmon from Norway*, adopted 28 April 1994, SCM/153; Panel Report, *Korea - Anti-Dumping Duties on Imports of Polyacetal Resins from the United States*, adopted 27 April 1993, BISD 40S/205; Panel Report, *United States - Measures Affecting Imports of Softwood Lumber from Canada*, adopted 27-28 October 1993, BISD 40S/358, Panel Report, *United States - Anti-Dumping Duties on Imports of Stainless Steel Plate from Sweden*, ADP/117, 24 February 1994, unadopted; Panel Report, *EC - Anti-Dumping Duties on Audio Tapes in Cassettes originating in Japan*, ADP/136, 28 April 1995, unadopted; and Panel Report, *United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products originating in France, Germany and the United Kingdom*, SCM/185, 15 November 1994, unadopted.

¹⁴The European Communities refers to: Panel Report, *United States - Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear ("United States - Underwear")*, adopted 25 February 1997, WT/DS24/R; Panel Report, *United States - Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses ("United States - Shirts and Blouses")*, adopted 23 May 1997, WT/DS33/R.

¹⁵Done at Marrakesh, Morocco, 15 April 1994.

considers that the principle of reasonable deference is applicable in all highly complex factual situations, including the assessment of the risks to human health arising from toxins and contaminants, and that therefore, the Panel applied an inappropriate standard of review in the present case.

3. The Precautionary Principle

16. The European Communities submits that the Panel erred in law in considering that the precautionary principle was only relevant for "provisional measures" under Article 5.7 of the *SPS Agreement*.¹⁶ The precautionary principle is already, in the view of the European Communities, a general customary rule of international law or at least a general principle of law, the essence of which is that it applies not only in the management of a risk, but also in the assessment thereof. It is claimed that the Panel therefore erred in stating that the application of the precautionary principle "would not override the explicit wording in Articles 5.1 and 5.2 [of the *SPS Agreement*]", and in suggesting that that principle might be in conflict with those Articles. The European Communities asserts that Articles 5.1 and 5.2 and Annex A.4 of the *SPS Agreement* do not prescribe a particular type of risk assessment, but rather simply identify factors that need to be taken into account. Thus, these provisions do not prevent Members from being cautious when setting health standards in the face of conflicting scientific information and uncertainty.

4. Objective Assessment of the Facts

17. The European Communities argues that the Panel failed to make an objective assessment of the facts and therefore did not comply with its obligations under Article 11 of the DSU. The Panel, it is alleged, disregarded or distorted the evidence with regard to both the MGA and the other five hormones at issue supplied by the Panel's experts, as well as the scientific evidence presented by the European Communities. In support of this contention, the European Communities submits that the Panel has manifestly distorted the views of both Dr. Lucier¹⁷ and Dr. André.¹⁸ According to the European Communities, contrary to what the Panel found, the evidence provided to the Panel by the majority of its own scientific experts indicated that there was a real risk of adverse effects arising from the use of the hormones at issue. It is also claimed that the Panel manifestly distorted the scientific

¹⁶US Panel Report, paras. 8.157 and 8.158; Canada Panel Report, paras. 8.160 and 8.161.

¹⁷See, in particular, US Panel Report, footnote 331; Canada Panel Report, footnote 437.

¹⁸See, in particular, US Panel Report, footnote 348; Canada Panel Report, footnote 455.

evidence by considering that the 1995 European Communities Scientific Conference on Growth Promotion in Meat Production (the "1995 EC Conference") amounted to a risk assessment in the sense of Articles 5.1 and 5.2. The distinction made by the Panel between general studies on the health risks associated with hormones and specific studies addressing the health risks of residues in food of hormones used for growth promotion purposes was, in the view of the European Communities, devised by the Panel for the sole purpose of enabling it to conclude that the Monographs of the International Agency for Research on Cancer ("IARC")¹⁹ are not relevant as a risk assessment in this case. This, the European Communities asserts, amounts to a distortion of relevant scientific evidence. The European Communities also alleges that the Panel violated Article 11 of the DSU by discarding several articles and opinions of individual scientists invoked by the European Communities.

18. With regard to the problems relating to the control of the correct use of the hormones, the European Communities contends that it submitted convincing specific evidence to the Panel, but that the Panel either failed to take this evidence into account or failed to summarize it properly in the Panel Report. Finally, the Panel allegedly ignored the arguments made by the European Communities as to why the situations compared by the Panel under Article 5.5 were not comparable. In rejecting the six reasons advanced by the European Communities as to why the distinction in the levels of sanitary protection between carbadox and olaquinox, on the one hand, and the hormones at issue in this dispute, on the other, is not arbitrary or unjustifiable, the European Communities argues that the Panel failed to take into account the evidence before it.

5. Temporal Application of the SPS Agreement

19. The European Communities states that the Panel's conclusion that the *SPS Agreement* applies to measures that were enacted before the entry into force of the *SPS Agreement* but that did not cease to exist after that date, is too sweeping.²⁰ According to the European Communities, the *SPS Agreement* shows a different intention in some of its provisions, at least if these provisions are interpreted in the way proposed by the Panel. Articles 5.1 to 5.5 require that certain preparatory actions and procedures be followed before a measure is adopted and obligations of this kind are exhausted once the measures

¹⁹The 1987 Monographs of the IARC on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans, Supplement 7 (the "1987 IARC Monographs").

²⁰US Panel Report, paras. 8.25 and 8.26; Canada Panel Report, paras. 8.28 and 8.29.

under consideration are adopted. The European Communities, therefore, concludes that the *SPS Agreement* does not apply to the procedure for the elaboration of the EC measures at issue in this dispute.

6. Article 3.1

20. The European Communities submits that the Panel erred in interpreting the term "based on" in stating that Article 3.2 "equates" measures "based on" international standards with measures which "conform to" such standards.²¹ The European Communities asserts that these terms differ in their meaning.

21. It is pointed out by the European Communities that Article 3 employs the term "based on" in paragraphs 1 and 3, whereas it uses the term "conform to" in paragraph 2. Also, Article 2 distinguishes between "based on" (paragraph 2) and "conform to" (paragraph 4). This differing language in consecutive paragraphs of different articles cannot be accidental.

22. To the European Communities, a measure may deviate – but not substantially – from the content of a recommendation of the Codex and still be considered as "based on" that recommendation for the purposes of Article 3.1. However, what constitutes a "substantial" deviation is not defined in the *SPS Agreement*. The submission of the European Communities is that Article 3 of the *SPS Agreement* accomplishes its object of furthering international harmonization by allowing Members to choose one of three alternative options. First, a Member may opt to conform its sanitary measures to the Codex recommendations, in accordance with Article 3.2. Second, a Member may wish merely to "base [its] sanitary ... measures on international ... recommendations", in accordance with Article 3.1, instead of conforming to such recommendations. Third, a Member may decide, in accordance with Article 3.3, to establish sanitary measures which provide a "higher level of sanitary protection" than would measures "based on" the Codex recommendations. As noted above²², it is firm view of the European Communities that these three options are of equal standing and that Article 3.3 cannot be qualified as an exception to Article 3.1. The European Communities therefore objects to the Panel's interpretation of and conclusions concerning Article 3.1.

²¹US Panel Report, para. 8.72; Canada Panel Report, para. 8.75.

²²Para. 11 of this Report.

7. Article 3.3

23. The European Communities contends that the Panel's finding that whatever the difference might be between the two exceptions in Article 3.3, a sanitary measure can only be justified under this provision if it is consistent with the requirements contained in Article 5²³, in effect reduces the two alternative conditions in the first sentence of Article 3.3 to "mere surplusage". According to the European Communities, Article 3.3 defines the concept of the first condition ("scientific justification") in the footnote thereto without making a direct reference to Article 5, paragraphs 1 to 8, as it does with respect to the second condition ("as a consequence of choosing a higher level of protection"). The absence in the footnote to Article 3.3 of language referring to Articles 5.1-5.8 is in itself sufficient indication of the intention of the drafters to qualify the application of Article 5 in the case of the first condition. Thus, the European Communities asserts, the plain meaning and structure of Article 3.3 imply that the risk assessment requirements of Article 5 apply only if the second of these two alternative conditions is met.

8. Article 5.1

24. The European Communities contests the Panel's finding that Article 5.1 requires a Member imposing an SPS measure to submit evidence that it "took into account" a risk assessment when it enacted or maintained a measure²⁴, since neither the ordinary meaning of the words "based on", in context, nor the object and purpose of Article 5, suggest a "minimum procedural requirement" under Article 5.1.

25. The European Communities contends that to require concrete evidence in the preamble of the EC Directives or some other evidence that the European Communities actually considered the scientific studies in enacting or maintaining the measures at issue is unreasonable and arbitrary, and runs counter to the object and purpose of Article 5 and the *SPS Agreement*. There is no legal authority for the Panel's interpretation that risk assessment cannot be on-going and therefore no reason for restricting risk assessment to "old evidence". The European Communities asserts that there is a legitimate SPS goal of providing an opportunity for potentially affected Members to produce scientific evidence relevant to particular measures, and of ensuring consideration of that evidence by the Member adopting the

²³US Panel Report, para. 8.83; Canada Panel Report, para. 8.86.

²⁴US Panel Report, para. 8.113; Canada Panel Report, para. 8.116.

SPS measure. Therefore, the European Communities submits that all parties and third parties should have the right to present "new" relevant evidence to the Panel.

26. With regard to the Panel's findings on the consistency of the import prohibition with the substantive requirements of Article 5.1, the European Communities claims that the Panel erred in its interpretation of Article 5.1 in six separate respects. First, the Panel was incorrect in distinguishing between studies that specifically address the hormones for growth promotion purposes, such as the 1982 Report of the EC Scientific Veterinary Committee²⁵ (the "Lamming Report") and the JECFA Reports²⁶, and studies which relate to hormones in general, such as the 1987 IARC Monographs and articles and opinions of individual scientists referred to by the European Communities.²⁷ The Panel's assumption that such a distinction makes a qualitative difference in terms of risk assessment is wrong, and the distinction is arbitrary. The European Communities argues that Articles 5.1 and 5.2 neither prescribe risk assessment techniques nor specify the requirements of a risk assessment.

27. Second, the Panel's view of Article 5.1 as imposing a substantive obligation on Members to conform their SPS measures to the conclusions reflected in the JECFA Reports or the reports of other scientific committees is manifestly incorrect. The "scientific basis" of SPS measures cannot be confined to the formalized conclusions of committees called upon to review or analyze the risks a substance may pose. Those conclusions are just one of the elements to be taken into account. The "available scientific evidence", referred to in Article 5.2, includes both generally held or majority scientific views as well as minority, or dissenting, scientific opinion (often first expressed by individual scientists). The European Communities also controverts the Panel's finding that the reports of the European Parliament are "non-scientific"²⁸, and contends that this finding is manifestly wrong, certainly as regards the so-called Pimenta Report.²⁹

²⁵1982 Report of the EC Scientific Veterinary Committee, Scientific Committee for Animal Nutrition and the Scientific Committee for Food on the basis of the Report of the Scientific Group on Anabolic Agents in Animal Production.

²⁶Evaluation of certain veterinary drug residues in food: Thirty-second Report of the Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives, Technical Report Series 763 (World Health Organization, 1988); and the evaluation of certain veterinary drug residues in food: Thirty-fourth Report of the Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives, Technical Report Series 788 (World Health Organization, 1989).

²⁷US Panel Report, paras. 8.127 and 8.130; Canada Panel Report, paras. 8.130 and 8.133.

²⁸US Panel Report, para. 8.109; Canada Panel Report, para. 8.112.

²⁹European Parliament, Session Documents, Report drawn up on behalf of the Committee of Inquiry into the Problem of Quality in the Meat Sector, Rapporteur: Mr. Carlos Pimenta, Document A2-11/891/PARTS A-B, March 1989 ("Pimenta Report").

28. Third, the Panel's interpretation that "based on" within the meaning of Article 5.1 means "in conformity with" is mistaken.³⁰ The European Communities states that reports of scientific committees frequently say practically nothing or very little on some of the factors indicated in Articles 5.1 and 5.2. To the European Communities, Article 5.1 is designed to compel Members to have some plausible scientific rationale as the "basis" for their sanitary measures, but not to conform their measures absolutely to the technical and scientific conclusions of the reports.

29. Fourth, the European Communities contends that the "most fundamental error of interpretation" of the Panel relates to the concept of risk and risk assessment.³¹ "Risk" does not mean "harm" or "adverse effect". "Risk", for the purposes of the *SPS Agreement*, is the "potential" for the harm or adverse effects arising and, therefore, the mere possibility of risk arising suffices for the purposes of Articles 5.1 and 5.2. A risk evaluated to be one in a million is sufficient justification. If there is a potential for adverse effects (no matter how small), then there is, according to the European Communities, a risk. The concept of risk in the *SPS Agreement* is a qualitative, not a quantitative concept. Any identified increase in cancer (whether quantitative or qualitative) must be sufficient to constitute a risk against which WTO Members are entitled to protect their population.

30. Fifth, the European Communities disputes the Panel's finding that the problem of control is irrelevant to risk assessment³², as contrary to common sense and to the express language of Article 5.2 and Annex C of the *SPS Agreement* clarifies. The European Communities also points out that the condition "in accordance with good veterinary practice" is part of the content of the Codex recommendation, and that effective control is necessary to ensure that the hormones at issue are administered in accordance with good practice. Evaluation of any potential risk arising from lack of observance of good practice is an inherent part of the risk assessment exercise. Moreover, it was for the European Communities, and not for the Panel, to determine whether the control measures of an exporting Member are adequate to achieve the EC's appropriate level of sanitary protection. The Panel has disregarded the EC's arguments relating to the practical and technical difficulties that are specific to control of the hormones at issue. The European Communities also protests as an error in law the Panel's conclusion that banning the use of a substance does not necessarily offer better protection of human health than other means of merely regulating its use.

³⁰US Panel Report, para. 8.117; Canada Panel Report, para. 8.120.

³¹As reflected in para. 8.124 of the US Panel Report and para. 8.127 of the Canada Panel Report.

³²US Panel Report, para. 8.146; Canada Panel Report, para. 8.149.

31. Finally, the European Communities submits that the Panel was manifestly wrong in finding that a risk assessment must be carried out for each individual substance.³³ Nowhere in the *SPS Agreement*, and in particular in Articles 5.1 and 5.2, is there language requiring a risk assessment "for each individual substance". In the view of the European Communities, there is nothing to prevent classes or categories of substances from being assessed together if this is scientifically justified.

9. Article 5.5

32. The European Communities argues that the Panel erred in its interpretation of Article 5.5. With respect to the first element, namely, the existence of different levels of protection in different situations, the Panel erroneously interpreted Article 5.5 in holding that situations involving the same health risk or substance are comparable situations for the purposes of Article 5.5.³⁴ The European Communities submits that it is inappropriate to compare the level of protection relating to hormones used for growth promotion purposes with the level of protection relating to naturally-occurring hormones. Science and the regulatory practices of Members do not treat man-made risks, such as the risks created by hormones used for growth promotion, and naturally-occurring risks, such as those arising from the presence of hormones in meat, milk, cabbage or broccoli, in the same way. The *SPS Agreement* applies only to man-made risks because the naturally-occurring hormones in meat and other foodstuffs are not "contaminants and toxins" within the meaning of the *SPS Agreement*. Furthermore, the European Communities submits that, contrary to what the Panel found³⁵, there is no difference, let alone a significant difference, in the EC level of protection against naturally-occurring hormones and its level of protection against added hormones. The EC measures provide for the same level of protection against naturally-occurring hormones and added hormones, namely, the risk determined by nature.

33. In respect of the second element of Article 5.5, namely, the arbitrary or unjustifiable nature of distinctions in levels of protection, the European Communities contends that the Panel has erroneously assumed that the only factors relevant to determining what is an arbitrary or unjustifiable distinction are "scientific" factors. Other factors, such as public perception of what is dangerous and of what level of risk is acceptable, and the benefit, if any, to be gained from shouldering a risk, must also be

³³US Panel Report, para. 8.257; Canada Panel Report, para. 8.260.

³⁴US Panel Report, para. 8.176; Canada Panel Report, para. 8.179.

³⁵US Panel Report, paras. 8.191 and 8.212; Canada Panel Report, paras. 8.194 and 8.215.

relevant. Moreover, the European Communities argues that, contrary to what the Panel found³⁶, the distinction between the level of protection adopted in respect of the hormones at issue when used for growth promotion and the level of protection adopted with respect to carbadox and olaquinox is not arbitrary or unjustifiable.

34. As to the third element of Article 5.5, namely discrimination or a disguised restriction on international trade resulting from the distinction in the levels of protection, the European Communities objects to the Panel's finding that it was sufficient to demonstrate "the significance of the difference in levels of protection combined with the arbitrariness thereof".³⁷ Article 5.5 makes a resultant "discrimination or a disguised restriction on international trade" an additional element beyond arbitrary and unjustifiable distinctions in the levels of protection a Member considers appropriate. The European Communities does not consider the approach developed by the Appellate Body in *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*³⁸ ("*Japan - Alcoholic Beverages*") and invoked by the Panel in this case as appropriate for the very different problem in determining discrimination (between countries) and a disguised restriction of trade in a regulatory regime designed to protect human health.

35. Furthermore, it is argued by the European Communities that Article 5.5 must be interpreted together with Article 2.3 of the *SPS Agreement*. Accordingly, "discrimination" in Article 5.5 means "discrimination between States where identical or similar conditions prevail". The Panel ignored Article 2.3 and assumed that discrimination can be between substances, risks and levels of protection. This assumption cannot be correct since otherwise the term "discrimination" would add nothing to "arbitrary and unjustifiable distinctions", in the view of the European Communities.

36. The European Communities stresses that there is no import ban for beef as such and that the restriction applies only to non-conforming products. This is the inevitable consequence of any SPS measure, and cannot be enough to establish a "disguised restriction on international trade". The European Communities continued to import the same amount of meat after the ban as before, and the prohibition of hormones for growth promotion has no effect on the surpluses of beef. The suggestion of the Panel that the reduction of beef surpluses in the European Communities might have been a secondary motive, is, in any event, not sufficient to establish the discrimination or disguised restriction

³⁶US Panel Report, para. 8.238; Canada Panel Report, para. 8.241.

³⁷US Panel Report, para. 8.184; Canada Panel Report, para. 8.187.

³⁸Adopted 1 November 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

on international trade contemplated in Article 5.5. Finally, the European Communities submits that the fact that 70% of the bovine meat produced in the United States and Canada is from cattle to which hormones have been administered for growth promotion is no indication of a disguised restriction on trade.

10. Procedural Issues

37. The European Communities asserts that a number of procedural decisions taken by the Panel were unfair and require review by the Appellate Body. The European Communities objects to the Panel's view that it need consider the EC's procedural objections only where the European Communities could make a "precise claim" of prejudice.³⁹ The Panel should have asked itself whether its procedural decisions were consistent with the DSU, not whether the European Communities could make a precise claim of prejudice. It is asserted by the European Communities that the Panel committed a legal procedural error in refusing to accept the scientific assessments of the European Communities, declining to set up an expert review group, and proceeding to decide itself a scientific matter on which the Panel had no expertise. The Panel's decision to receive a range of opinions from individual experts⁴⁰ deprived the European Communities of the procedural guarantees provided for expert review groups in the DSU. By following this procedure, the Panel put itself in a position to choose freely between different scientific opinions. The European Communities contends that the selection of scientific experts by the Panel violated Articles 11, 13.2 and Appendix 4 of the DSU as well as Article 13.2 of the *SPS Agreement*. The European Communities objects to the selection of two experts on the grounds that one of them was a national of a party or third party and had links with the pharmaceutical industry, while the other was a member of the Codex/JECFA group that had produced the report on the use of hormones in animal growth promotion and was the "rapporteur" of this study. Further, according to the European Communities, these two experts lacked expertise in the field.

38. The European Communities also alleges that the Panel erred in refusing to request that Canada and the United States provide the studies on which their authorities had based their decisions to authorize the use of MGA for growth promotion. In the view of the European Communities, the Panel had a duty to carry out an objective assessment of the facts, and declining to request the complainants to produce the evidence on which they based their own domestic decisions is not compatible with this

³⁹US Panel Report, paras. 8.14-8.15; Canada Panel Report, paras. 8.18-8.19.

⁴⁰US Panel Report, para. 8.7; Canada Panel Report, para. 8.7.

duty. Moreover, Article 18.2 of the DSU provides safeguards for the protection of confidential information. Thus, the allegedly confidential nature of the information on MGA should have been no obstacle to its production and use in the proceeding. The European Communities also asserts that the Panel based the main part of its reasoning concerning Article 5.5 of the *SPS Agreement* on a claim that the complainants had *not* made, i.e. that there was a difference of treatment between artificially-added, or exogenous, natural and synthetic hormones when used for growth promotion purposes and the naturally-present endogenous hormones in untreated meat and other foods (such as milk, cabbage, broccoli or eggs). In the view of the European Communities, not only is this "claim" wrong in law and in fact, but the Panel also violated the DSU in relying on it especially since the United States expressly protested against the Panel's use of such a "claim". The European Communities asserts that panels are not entitled to make findings going beyond what has been requested by the parties.

39. The European Communities submits further that the Panel took a number of decisions granting "extended third party rights" to Canada and the United States -- and not to other third parties -- that are not justified by Article 9.3, and are contrary to Articles 7.1, 7.2, 18.2 and 10.3 of the DSU as well as the terms of reference of the Panel. These decisions were: first, to give access to all of the information submitted in the United States' proceeding to Canada; second, to give access to all the information submitted in the Canadian proceeding to the United States; third, to hold a joint meeting with the scientific experts; and fourth, to invite the United States to observe and make a statement at the second substantive meeting in the proceeding initiated by Canada.

B. *Arguments by the United States - Appellee*

1. Burden of Proof

40. With regard to the allocation of the burden of proof under Article 3.3 of the *SPS Agreement*, the United States refers to the Appellate Body Report in *United States - Shirts and Blouses*⁴¹ and argues that, like Articles XX and XI:2(c)(i) of the GATT 1994, Article 3.3 of the *SPS Agreement* is not a positive rule establishing an obligation in itself. It is in the nature of an affirmative defence, and the Panel was therefore correct in finding that the burden of proof under Article 3.3 rests on the defending party. As to the burden of proof under Article 5.1 of the *SPS Agreement*, the United States contends that the European Communities, in complaining that Canada and the United States did not provide

⁴¹Adopted 23 May 1997, WT/DS33/AB/R, pp. 14 and 16.

their confidential information concerning MGA, misses the point that the Panel had to determine whether the European Communities had based its import ban on a risk assessment.

2. Standard of Review

41. The United States submits that the deferential "reasonableness" standard of review advocated by the European Communities is without support in the text of either the DSU or the *SPS Agreement*. The United States observes that, under Article 5.1, the Panel was called upon to determine if the EC ban was "based on" an assessment, as appropriate to the circumstances, of the risks to human health. Such a determination does not require a panel to conduct its own risk assessment or substitute its own judgement regarding risks, but only to determine if the measure is "based on" a risk assessment. Under Article 2.2, the question for a panel is not whether it would have come to a different conclusion "based on" the evidence, but rather whether the scientific evidence submitted by the Member maintaining the measure is "sufficient" as a basis for that measure. The United States believes that in this sense, the European Communities is correct in asserting that a panel is not to conduct a *de novo* review of the scientific basis of the measure.

42. The United States argues, however, that nothing in the *SPS Agreement* or the *WTO Agreement* requires a Panel to defer to the Member maintaining the SPS measure. In examining measures under the *Agreement on Textiles and Clothing* (the "ATC"), which, like the *SPS Agreement*, does not provide for a particular standard of review, two previous panels found that it would not be appropriate either to apply a *de novo* standard of review or to grant undue deference to the administrative findings of national authorities.⁴² The United States cautions that the GATT panel reports cited by the European Communities, involving anti-dumping and countervailing duty disputes, do not support the existence of a deferential standard of review in the *SPS Agreement*. Those GATT panel reports involved situations where national authorities had taken anti-dumping or countervailing duty measures pursuant to detailed national legislation and procedures mandated by the *Tokyo Round Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade* (the "*Tokyo Round Anti-Dumping Code*"). According to the United States, the *Decision on Review of Article 17.6 of the Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994* shows that Members have yet to decide if the standard of review set out in Article 17.6 of the *Anti-Dumping Agreement*

⁴²The United States refers to: Panel Report, *United States - Underwear*, adopted 25 February 1997, WT/DS24/R; and Panel Report, *United States - Shirts and Blouses*, adopted 23 May 1997, WT/DS33/R.

is capable of general application. The United States asserts that the European Communities is mistaken in arguing that this standard of review applies to the *SPS Agreement*.

3. The Precautionary Principle

43. In the view of the United States, the claim of the European Communities that there is a generally-accepted principle of international law which may be referred to as the "precautionary principle" is erroneous as a matter of international law. The United States does not consider that the "precautionary principle" represents a principle of customary international law; rather, it may be characterized as an "approach" -- the content of which may vary from context to context. The *SPS Agreement* does recognize a precautionary approach; indeed, Article 5.7 permits the provisional adoption of SPS measures even where the relevant scientific evidence is insufficient. Thus, the United States believes that there is no need to invoke a "precautionary principle" in order to be risk-averse since the *SPS Agreement*, by its terms, recognizes the discretion of Members to determine their own level of sanitary protection. The European Communities does not explain how "the precautionary principle" affects the requirements in the *SPS Agreement* that a measure be "based on" scientific principles and a risk assessment, and not maintained without sufficient scientific evidence. The EC's invocation of a "precautionary principle" cannot create a risk assessment where there is none, nor can a "principle" create "sufficient scientific evidence" where there is none.

4. Objective Assessment of the Facts

44. According to the United States, the European Communities improperly requests the Appellate Body to review the Panel's factual findings to determine whether they were either "inadequate" or "not objective", and thus inconsistent with Article 11 of the DSU. The United States submits that, according to Article 17.6 of the DSU, factual findings are clearly beyond review by the Appellate Body. Furthermore, the United States contends that the European Communities has not shown either improper influence or conflict of interest that might warrant consideration of the objectivity of the Panel.

5. Temporal Application of the *SPS Agreement*

45. The United States argues that the European Communities, in claiming that Articles 5.1 to 5.5 do not apply to SPS measures adopted before the *SPS Agreement* entered into force, has misread the *SPS Agreement*. There is no support for this claim in the text, context or negotiating history of the

SPS Agreement. If the position of the European Communities were accepted, this would, in the view of the United States, leave a gaping exception to the disciplines of the *SPS Agreement*.

6. Article 3.1

46. According to the United States, since the EC measures are not "based on" the Codex standards, even under the broad test of "based on" proposed by the European Communities, there is no need for the Appellate Body to address the alleged difference between measures "based on" international standards and measures that "conform to" international standards. The United States recognizes that Article 3 of the *SPS Agreement* uses the two different terms in Articles 3.1 and 3.2, but suggests that whether any theoretical difference between those two terms would have any meaning in practice is a question for another case.

7. Article 3.3

47. The United States believes that the European Communities is incorrect in claiming that its ban need not be "based on" a risk assessment under Article 5.1 in order to qualify under Article 3.3 as a measure for which there is a "scientific justification" for departing from an international standard. A risk assessment provides the necessary "examination and evaluation of available scientific information" required in the footnote to Article 3.3. The European Communities provides no explanation why the "relevant provisions" of the *SPS Agreement*, referred to in that footnote, do not include Article 5.1. The context of the footnote to Article 3.3 includes the definition of "risk assessment" in Annex A of the *SPS Agreement*. According to the United States, the fact that Articles 5.1 and 5.2 relate to conducting a risk assessment make it clear that these Articles are "relevant provisions" of the *SPS Agreement* for purposes of the footnote, and that any doubt regarding the applicability of Article 5.1 is removed by the last sentence of Article 3.3.

8. Article 5.1

48. The United States maintains that the Panel's finding that there is a "procedural requirement" inherent in Article 5.1 is simply a common sense reading of Article 5.1. It would be difficult to see how a measure is "based on" a risk assessment if the Member did not even know of the existence of the risk assessment or never considered the risk assessment in enacting or maintaining the measure. Furthermore, the Panel Report should not be read as imposing a rigid requirement to be satisfied only

by referring to the risk assessment in the preamble to the measure. Such a reference, the United States contends, is simply one means of demonstrating that a risk assessment was taken into account.

49. The Panel was correct, according to the United States, in finding that in order that a measure may be "based on" a risk assessment, the scientific principles underlying the measure must reflect the scientific conclusions reached by the scientists conducting the risk assessment. The United States submits that the European Communities did not, at any time during the panel proceedings, produce a risk assessment identifying any risk. In the case of the hormone MGA, it is even more obvious that the EC ban is not "based on" a risk assessment.

50. With regard to the problems of control of correct use of the hormones, the United States submits that the Panel correctly characterized the argument of the European Communities as being a general statement that there is no guarantee of 100 percent compliance with any system of laws. Such a generalized concern is not an adequate basis for the EC ban. Furthermore, there is no evidence that the control of the hormones at issue is more difficult than the control of other veterinary drugs (the use of which is allowed), or that control is more difficult under a regime where hormones are allowed for growth promotion under specific conditions than under a current regime where they are banned. During the oral hearing, the United States observed that the scientific studies indicated that the hormones are safe when used in accordance with good practice. According to the United States, these studies do not address the question of whether the hormones at issue are unsafe when not used in accordance with good practice.

51. As to whether a separate risk assessment is necessary for each particular substance, the United States submits that under Article 5.1, the European Communities must base its ban with respect to MGA on an "evaluation, as appropriate to the circumstances, of the potential for adverse effects on human health arising from the presence of residues of MGA in meat ...". The European Communities provided no such evaluation of MGA. The scientific studies that the European Communities referred to deal with a general class of compounds, and do not deal specifically with MGA.

9. Article 5.5

52. The United States supports the finding that the situation involving carbadox and the situation involving the six hormones at issue are different situations which can nonetheless be compared for the purposes of Article 5.5. To the United States, the Panel was correct in finding that the EC distinction

in the levels of protection involving carbadox and the level of protection involving the hormones at issue was arbitrary and resulted in a disguised restriction on international trade. In coming to that conclusion, the Panel found that the hormones at issue, banned in the European Communities, were used for growth promotion purpose in the bovine meat sector where the European Communities wanted to limit supplies and was arguably less concerned with international competitiveness while carbadox, allowed in the European Communities, is used for growth promotion purposes in the pork meat sector where the European Communities has no domestic surpluses and where international competitiveness is a high priority. The United States claims that this issue relates to factual findings that are not reviewable by the Appellate Body.

10. Procedural Issues

53. The United States asks the Appellate Body to dismiss each of the procedural claims raised by the European Communities. The appeal by the European Communities on these issues, the United States claims, raises a threshold question as to whether, and if so, under what circumstances, the procedures employed by the Panel during the proceeding could be considered to be issues of law covered in the Panel Report or legal interpretations developed by the Panel within the meaning of Article 17.6 of the DSU. The United States asserts that the European Communities has not pointed to any textual basis for its arguments, nor to any past practice under the GATT 1947 or the *WTO Agreement*. The United States submits that, to sustain a claim that a panel's handling of procedural issues was inconsistent with the DSU, a party to a dispute must have raised objections in a timely manner during the panel proceeding, if feasible. In the view of the United States, any other response to procedural objections will weaken the authority of panels and destabilize the dispute settlement system. It would also be fundamentally unfair to permit a party to wait and see what the outcome of a panel proceeding is and make its procedural objections only when it is too late for the panel to address them. The United States urges that the objections raised by the European Communities should be rejected to the extent that they were not first made to the Panel.

54. With respect to the EC's objection concerning the Panel's selection of experts, the United States observes that during the panel proceeding, the European Communities did not object to the participation of two experts who are not only nationals of the Member States of the European Union, but are also employed by institutions of such Member States. As to the EC's objection to the alleged links of one of the experts to the pharmaceutical industry, the United States asserts that the European Communities did not question these links at the time this expert's name was raised by the Panel, even though the

European Communities expressed similar concerns at that time with regard to two other scientists proposed by the Panel.

55. Turning to the issue of whether a procedural objection should be based on a "precise claim" of prejudice, the United States believes that while a Panel clearly has the duty of following the relevant rules of the DSU and the covered agreements, a party seeking the reversal or a modification of a procedural ruling should assume the responsibility of providing concrete reasons and legal arguments justifying its objection. Otherwise, every procedural ruling of a Panel could be subject to objections posed for unspecified reasons.

56. The United States asserts that the Panel's decision to consult individual experts, instead of convening an expert review group, was consistent with the DSU and the *SPS Agreement*. The European Communities itself concedes that Article 13 of the DSU and Article 11.2 of the *SPS Agreement* are permissive, and not mandatory, provisions. The United States contends that the Panel was not required to convene an expert review group, either under the terms of Article 13 of the DSU or Article 11.2 of the *SPS Agreement*. If the Panel had convened an expert review group, the rules and procedures of Appendix 4 of the DSU would have been applicable. Since the Panel did not convene such a group, the Panel's decision not to follow the rules and procedures of Appendix 4 was completely consistent with the DSU and was within the discretion accorded to panels in their procedural decisions.

57. The United States contends that the Panel's harmonization of the two panel proceedings did not impair the rights of defence of the European Communities. The use of the same panelists for both proceedings accorded a procedural advantage to the European Communities. According to the United States, rather than having two meetings with each of the two separate Panels, the European Communities was able to have four sessions with the same Panel. The European Communities willingly agreed to have the same panelists in both proceedings.

58. With respect to the issue of extended third party rights, the United States submits that the European Communities failed to make to the Panel the detailed objections it made for the first time in its appellant's submission. There is no reason why, if one panel may grant such rights in one dispute, another panel may not also grant such rights in another dispute.⁴³ The United States believes that there were strong reasons to provide it with extended third party rights in the Canadian panel proceeding.

⁴³The United States refers to Panel Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, adopted 25 September 1997, WT/DS27/R/USA ("*European Communities - Bananas*").

The United States asserts that the European Communities is mistaken in asserting that the Panel's grant of extended third party rights gave the complainants access to documents. Both the United States and the European Communities made public their submissions and statements to the Panel in the United States' panel proceeding, and therefore Canada already had access to all these documents.

C. *Arguments by Canada - Appellee*

1. Burden of Proof

59. On the matter of allocation of the burden of proof under the *SPS Agreement* in general, Canada contends that the Panel adopted the reasoning provided by the Appellate Body in *United States - Shirts and Blouses*.⁴⁴ As to the allocation of the burden of proof under Article 3.3 of the *SPS Agreement*, Canada insists that the Panel's findings are correct, although it would be more accurate to hold that "... the burden of proof under Article 3.1 shifts to the defending party to show either that the measure in dispute is consistent with the obligation in Article 3.1, or to invoke the exception under 3.1 and show that it meets the conditions of that exception".⁴⁵ Should the Appellate Body reverse or modify the Panel's findings on the burden of proof, Canada submits that in any event, Canada has established a *prima facie* case of violation. With regard to the burden of proof under Article 5.1 of the *SPS Agreement*, Canada believes that it had provided sufficient evidence concerning the import ban on meat treated with MGA to establish a *prima facie* case.

2. The Precautionary Principle

60. The Panel did not take a position on whether the "precautionary principle" constituted part of the body of international law. Rather, in Canada's view, the Panel acknowledged that the "precautionary principle" was reflected in Article 5.7 of the *SPS Agreement*, and correctly held that the "precautionary principle" could not override Articles 5.1 and 5.2, or any other provision of the *SPS Agreement*. Canada also regards the issue of whether the "precautionary principle" is "built into" other provisions of the *SPS Agreement* as irrelevant in this appeal. Moreover, the European Communities has not explained what is meant by the "precautionary principle" having been "built into" other provisions of the *SPS Agreement*, and how this could in any way affect the conclusions of the Panel. The

⁴⁴Adopted 23 May 1997, WT/DS33/AB/R.

⁴⁵Canada's appellee's submission, para. 59.

"precautionary principle" should be characterized as the "precautionary approach" because it has not yet become part of public international law. Canada considers the precautionary approach or concept as an *emerging* principle of international law, which may in the future crystallize into one of the "general principles of law recognized by civilized nations", within the meaning of Article 38(1)(c) of the *Statute of the International Court of Justice*.

3. Objective Assessment of the Facts

61. Canada submits that many of the claims made by the European Communities in its appellant's submission purport to be claims relating to errors of law but are in reality claims alleging errors of fact. The Appellate Body made it clear in its Report in *European Communities - Bananas*⁴⁶, that factual findings are, pursuant to Article 17.6 of the DSU, beyond review by the Appellate Body.

4. Temporal Application of the SPS Agreement

62. Canada argues that the distinction drawn by the European Communities between provisions of the *SPS Agreement* that include the terms "maintain" or "apply", and others that do not, is not sustainable. This dichotomy presented by the European Communities would mean that measures in existence on 1 January 1995 are indefinitely exempt from the disciplines of Articles 5.1 and 5.5, but it is hardly credible that the Members intended to exempt them. Other covered agreements contain specific provisions dealing with temporal issues, therefore, non-application of provisions of the *SPS Agreement*, such as Articles 5.1 and 5.5, would have been dealt with expressly in the text of the *SPS Agreement*. In any event, the EC measures at issue in this dispute include EC Directives 96/22/EC and 96/23/EC, which were adopted after the *WTO Agreement* entered into force.

5. Article 3.1

63. Canada maintains that the EC's argument that Article 3.1 does not constitute a "general obligation", but is one of three options available to Members when Codex recommendations exist, is incorrect. Article 3.1 sets out a positive obligation for Members to base their SPS measures on international standards, guidelines or recommendations. The words of Article 3.1 do not describe

⁴⁶Adopted 25 September 1997, WT/DS27/AB/R.

three "options". If the drafters of the agreement had intended such a meaning, they would have said so. Canada supports the Panel's conclusion that the terms "conform to" and "based on" are "co-extensive". Even if the Appellate Body accepts the view that "conforms to" is narrower in scope than "based on", Article 3.1 does not present a second "option", as argued by the European Communities. A measure that "conforms to" an international standard would also be "based on" that standard.

6. Article 3.3

64. The key element of the footnote to Article 3.3 is that it requires an examination and evaluation of available scientific information. Since the *SPS Agreement* defines a risk assessment as: "the *evaluation* of the potential for adverse effects on human ... health ...", the "examination and evaluation of scientific information" in the footnote to Article 3.3 refers to a risk assessment. A Member cannot, in Canada's view, determine that the relevant international standards are not sufficient to achieve its appropriate level of sanitary protection unless the Member does an evaluation of that risk (i.e. a risk assessment), taking into account available scientific evidence.

7. Article 5.1

65. Canada considers that the Panel's interpretation of Article 5.1 accords with the ordinary meaning of the words in their context. If a measure is "founded on" a risk assessment then there must be some evidence that the measure was built upon that foundation. Such a requirement would not amount to "freezing the scientific record", since the Panel made clear that it was looking for evidence that a risk assessment was taken into account when the EC measures were established *or at any later point in time*. In Canada's view, the Panel's reading of Article 5.1 is sound, and accords with the basic obligations set out in Article 2.2 that a measure must not be maintained without sufficient scientific evidence. If the scientific conclusions reflected in the EC measures do not conform with any of those reached in the risk assessments, then the scientific foundation for the measure clearly does not come from those risk assessments.

66. Canada submits that in defining what is a risk assessment, the European Communities focuses on the word "potential" to the exclusion of "evaluation". In doing so, the European Communities has stopped the process at identifying an adverse effect without carrying out the evaluation of the risk, i.e. performing a risk assessment.

67. At the oral hearing, when asked about the need for a separate risk assessment of each individual substance, Canada opined that one can use characteristics of chemical families as a starting point for exploring whether something might pose a hazard, but it is then necessary to go on and do a full evaluation of that chemical in order to determine whether it in fact poses a hazard.

8. Article 5.5

68. According to Canada, the scope of "different situations" referred to in Article 5.5 is at least as broad as the Panel found. The limited scope suggested by the European Communities conflicts with the ordinary meaning of "different situations". Canada also submits that in the light of the object and purpose of the *SPS Agreement* and the context of Article 5.5, there is no reason to limit the scope of comparison between levels of protection for human health. In Canada's view, the Panel correctly found that the European Communities had not justified the distinctions in its purported levels of protection. The Panel did not "confine" the range of factors to be taken into consideration; the Panel considered all the arguments the European Communities had provided, but found them wanting. Canada contests the argument of the European Communities that the significance of the difference in levels of protection is no guide to the significance of trade effects. No measure could be more trade restrictive than an import ban.

9. Procedural Issues

69. Canada submits that all of the procedural rulings made by the Panel were fair to all the parties, did not result in any prejudice or injustice, and were within the Panel's jurisdiction and discretion. In particular, Canada believes that the Panel acted within its jurisdiction in making comparisons and findings with respect to the levels of protection for endogenous natural hormones, even if those precise arguments on Article 5.5 of the *SPS Agreement* were not made by Canada or the United States. Article 11 of the DSU does not limit the mandate of the Panel by compelling it to use only the arguments made by the parties. A panel is not prevented from making an objective finding that does not correspond to either party's argument.

70. Concerning the Panel's decision to consult experts in their individual capacities, rather than as an expert review group, Canada submits that the process chosen by the Panel ensured that all the views of the experts advising the Panel were brought to the Panel's attention. Far from prejudicing the European Communities, this process gave the European Communities an opportunity to elicit evidence

to support its arguments from any of the Panel's experts. While Article 11.2 of the *SPS Agreement* provides that in disputes involving scientific or technical issues, a Panel should seek advice from experts chosen by the Panel in consultation with the parties to the dispute, this provision does not require the Panel to accept all expert advice without scrutiny. Canada submits that, to the contrary, the Panel had no authority to delegate its fact-finding duty to the experts in such a manner.

71. It is also submitted by Canada that the objection of the European Communities to the nationality of the experts selected to assist the Panel is without merit. Canada is unaware that the European Communities raised any such objection during the Panel's selection of experts. In Canada's view, by suggesting an expert who was a national of one of its Member States, the European Communities waived its right to object to the other scientists on the basis of their nationality. The Panel's decisions on "extended third party rights" were proper exercises of the Panel's discretion, and are not inconsistent with the DSU. The European Communities made references to materials that it had placed before the US Panel, but did not provide those materials in the Canada Panel proceeding. Thus, according to Canada, rather than prejudice the EC case, the Panel allowed all the submissions by the European Communities before the US Panel to be considered by the Canada Panel. Canada maintains that the decision of the Panel to convene a joint meeting of the experts was also within the discretion of the Panel. The European Communities has failed to demonstrate that it suffered any substantive prejudice as a result of this decision. In Canada's view, pursuant to Article 11 of the *SPS Agreement*, the Panel was entitled to seek advice from experts chosen by the Panel in consultation with the parties, but was under no obligation to convene a meeting with the experts, either severally or jointly.

D. *Claims of Error by the United States - Appellant*

1. Article 2.2

72. In its capacity as appellant, the United States submits that the Panel erred because, having made all of the findings necessary to find that the EC measure was inconsistent with Article 2.2, it did not take the final step and declare the import ban to be inconsistent with Article 2.2.⁴⁷ Article 2.2 requires the European Communities to have sufficient scientific evidence to support its measure. Since the Panel methodically listed and reviewed all of the scientific evidence presented by the European Communities, and in respect of each piece of evidence made a factual finding that the evidence did

⁴⁷US Panel Report, para. 8.271.

not support the EC measure, the United States submits that the Panel should have come to the legal conclusion that the EC import prohibition is maintained without sufficient scientific evidence. In the view of the United States, there was no need for the Panel to determine exactly how much scientific evidence is "sufficient" for purposes of Article 2.2. The Panel found that the European Communities had presented no evidence to support its ban; "no evidence" cannot be considered to meet the threshold of "sufficient evidence".

73. In justifying why it made no finding under Article 2.2, the Panel stated that Articles 3 and 5 provide for more specific obligations than the "basic rights and obligations" set out in Article 2. According to the United States, Articles 3 and 5 of the *SPS Agreement* do not necessarily provide for more specific rights and obligations than all of the "basic rights and obligations" set out in Article 2. Neither Article 3 nor Article 5 says how much evidence is necessary to support an SPS measure. Article 2.2 establishes that quantum of evidence in requiring that measures not be maintained "without sufficient scientific evidence". The United States submits, therefore, that nothing in the text of Articles 2, 3 or 5 indicate that all of the obligations in Article 2 are subsumed under the provisions of Articles 3 and 5.

2. Article 5.6

74. It is urged by the United States that the Panel erred⁴⁸ in failing to make a finding under Article 5.6 of the *SPS Agreement*, and that the Panel's findings on Article 5.5 are sufficient to establish that the EC ban is inconsistent with Article 5.6 of the *SPS Agreement*. The United States notes that the European Communities prohibits the use of the natural hormones to promote growth, while having no limits on the residues of these exact same substances either naturally-present or used for therapeutic or zootechnical purposes. Since the European Communities accepts the residues of these naturally-occurring hormones in meat as safe, then the EC ban is, in the view of the United States, more trade restrictive than required.

75. The United States also notes that the European Communities prohibits the use of the three synthetic hormones at issue, while permitting the use of similar hormones (the three natural hormones) for therapeutic and zootechnical purposes as well as the use of carbadox, another synthetic compound,

⁴⁸US Panel Report, para. 8.247.

for growth promotion purposes. In the view of the United States, the European Communities has, in each instance, chosen the most trade restrictive approach (a ban on trade) with respect to the six hormones for growth promotion purposes. The United States argues that the European Communities could permit residues of these hormones used for growth promotion purposes at the same levels that it permits for other purposes and still achieve its level of protection. The fact that the European Communities permits these levels for these other purposes demonstrates that similarly treating residues from growth promotion would be reasonably available to the European Communities and would be technically and economically feasible. Permitting these levels for growth promotion purposes would also be significantly less trade restrictive than the current EC ban.

76. The Panel found that "no scientific evidence is available which concludes that an identifiable risk arises from the use of any of the hormones at issue for growth promotion purposes in accordance with good practice."⁴⁹ In the view of the United States, this finding is sufficient in itself to establish that the EC ban is inconsistent with Article 5.6. If there is no identifiable risk from the use of these hormones for growth promotion in accordance with good practice, then the EC ban cannot be necessary to achieve a level of protection from an identified risk. The ban is then, by definition, more trade restrictive than required to achieve the appropriate level of sanitary protection by the European Communities.

E. *Claims of Error by Canada - Appellant*

1. Article 5.6

77. Canada states that its appeal is designed to safeguard its right to rely on its arguments presented to the Panel with respect to Article 5.6, in the event that the Appellate Body decides to modify or reverse the Panel's findings with respect to Articles 3.1, 5.1 or 5.5 of the *SPS Agreement*. Canada asserts that the EC measures are inconsistent with Article 5.6 of the *SPS Agreement*. Canada submits that according to the wording of paragraph 5 of Annex A, Article 5.5 and the object and purpose of the *SPS Agreement*, if there is no scientific evidence of an identifiable risk, there is no basis on which to adopt a measure to achieve a level of sanitary protection under the *SPS Agreement*, except as provided in Article 5.7.

⁴⁹US Panel Report, para. 8.134.

78. In Canada's view, if a Member could adopt a level of protection and implement a sanitary measure even if it did not provide scientific evidence of an identifiable risk, no effect could be given to the obligation contained in Article 5 to base measures on an assessment of risks. This approach would undermine the wording and object and purpose of the *SPS Agreement*. Canada notes that the Panel found that the European Communities had not provided any scientific evidence of an identifiable risk related to the hormones at issue when used for growth promotion purposes in accordance with good practice.⁵⁰ If there is no scientific evidence of an identifiable risk, and therefore no basis on which to adopt a measure to achieve a level of sanitary protection under the *SPS Agreement*, except for Article 5.7, then by definition, no SPS measure could be adopted that would not be more trade restrictive than required. In Canada's conclusion, applying the Panel's findings with respect to the six hormones at issue to the requirements of Article 5.6, the EC measures are more trade restrictive than required, and inconsistent with Article 5.6.

F. *Arguments by the European Communities - Appellee*

1. Article 2.2

79. The European Communities questions whether the statement of the Panel regarding Article 2.2 amounts to an issue of law covered in the Panel Report or a legal interpretation developed by the Panel in the sense of Article 17.6 of the DSU. Although the Panel declined to rule on Article 2.2 because of a legal interpretation reached by the Panel regarding the relationship between Articles 2 and 5 of the *SPS Agreement*, the refusal by the Panel to rule on Article 2.2 places this statement outside the scope of appellate review. The Panel did not address the substantive requirements of Article 2.2, and has not made the necessary findings on whether the scientific evidence submitted by the European Communities is sufficient. The European Communities agrees with the United States that nothing in the text of Articles 2, 3 and 5 of the *SPS Agreement* indicates that all of the obligations set out in Article 2 are subsumed under the provisions of Articles 3 and 5. From the factual, procedural and substantive points of view, the questions that need to be considered under Article 2.2 are different from those examined by the Panel under Articles 3.1, 5.1, 5.2 and 5.5 of the *SPS Agreement*. It appears to the European Communities that there is no "sufficient basis" in the Panel Report for the Appellate Body to rule on the claims of the United States in respect of Article 2.2. Moreover, the United States bases its claims on certain paragraphs of the Panel Report that are founded on a manifest

⁵⁰Canada Panel Report, paras. 8.165 and 8.264.

misunderstanding or clear distortion of the facts, or inadequate reasoning by the Panel, as explained by the European Communities in its own appeal.

80. The European Communities submits that, should the Appellate Body examine the applicability of Article 2.2 of the *SPS Agreement*, it should also examine the applicability of Article 5.7, which is expressly referred to in Article 2.2. The European Communities believes that its measures are consistent with Article 2.2 of the *SPS Agreement*.

81. The European Communities observes that in its appeal, the United States does not discuss what constitutes "sufficient" scientific evidence. Since the concepts of "risk" and "risk assessment" in the *SPS Agreement* are not quantitative, but qualitative concepts, the word "sufficient" also cannot be taken to refer to the quantitative, but rather to the qualitative, aspects of the scientific evidence used by the regulatory authorities of a Member. The use of the words "scientific principles" in the same Article reinforces the view that Article 2.2 and the *SPS Agreement* in general do not require sanitary measures to be "based on" the "best" scientific evidence or the "weight" of available scientific evidence. The European Communities submits, therefore, that the real question is not whether the sanitary measure is "based on" the "best" science or the "preponderance" of science or whether there is conflicting science. Rather, the question is only whether the government maintaining a measure has a scientific basis for that measure.

2. Article 5.6

82. The European Communities also questions whether the statements of the Panel regarding Article 5.6 amount to an issue of law covered in the Panel Report or a legal interpretation developed by the Panel, for purposes of Article 17.6 of the DSU. Although the Panel's refusal to rule on Article 5.6 rests on a certain view of the Panel regarding the relationship between Articles 2 and 5 of the *SPS Agreement*, such a refusal places the matter outside the scope of appellate review. The European Communities submits that the Panel did not apply the substantive requirements of Article 5.6, and did not make the necessary factual findings that: first, the EC measures are more trade restrictive than required to achieve the EC's level of protection; secondly, there is another measure reasonably available taking into account technical and economic feasibility; and thirdly, this other measure both achieves the EC's level of sanitary protection and is significantly less trade restrictive. Finally, the European Communities argues that Canada and the United States base their claims on certain paragraphs

of the Panel Report that are founded on a manifest misunderstanding or clear distortion of the facts or inadequate reasoning by the Panel, as the European Communities has explained in its appeal.

83. The European Communities is convinced that the EC measures are consistent with Article 5.6 of the *SPS Agreement*. According to the European Communities, the objective is to ensure that consumers are not exposed to any residues of hormones used for growth promotion purposes. The European Communities acknowledges that some hormones are present naturally and cannot be avoided. It also acknowledges that some hormones are administered to cattle for therapeutic and zootechnical purposes, purposes which are unavoidable and beneficial. However, the European Communities has decided that the exposure of its population to hormones above this level should be avoided, and that in particular, there should be a zero level of tolerance for hormones used for growth promotion purposes.

84. The European Communities has considered some possible alternatives to the prohibition of imports of bovine meat containing residues of hormones administered for growth promotion: first, the application of Maximum Residue Limits ("MRLs") to such meat; second, the application of some kind of control to all imports of meat to determine whether hormones had been administered for growth promotion purposes; and third, reliance on the exporters labelling their meat to indicate whether hormones had been administered for growth promotion purposes. According to the European Communities, however, none of the above alternative measures would achieve the specified level of protection.

G. *Arguments by the Third Participants*

1. Australia

85. Australia considers that the Panel erred in law in its general interpretations concerning the burden of proof under the *SPS Agreement*⁵¹, and supports the arguments put forward by the European Communities. However, it is also contended by Australia that paragraphs 8.54 and 8.58 of the Canada Panel Report and paragraphs 8.51 and 8.55 of the US Panel Report present correct interpretations of the burden of proof and that the Panel has, in general, followed these correct interpretations in its legal reasoning and findings.

⁵¹US Panel Report, paras. 8.52-8.54; Canada Panel Report, paras. 8.55-8.57.

86. The conclusion reached by the Panel with regard to the temporal application of the *SPS Agreement* is also supported by Australia. However, Australia also recognizes the concerns raised by the European Communities and agrees that there is nothing in the *SPS Agreement* that could be interpreted to mean that measures already in place at the time the *SPS Agreement* came into force are necessarily inconsistent simply because the "preparatory and procedural obligations" provided in Article 5 may not have been met. On the other hand, Australia admits that nothing in the *SPS Agreement* suggests that such measures can escape application of key provisions, such as Articles 5.1 and 5.2.

87. The Panel's interpretation that the *SPS Agreement* "equates" the terms "conform to" and "based on" ignores, in Australia's view, the ordinary meaning of these terms in their context and fails to give effect to all the terms of the *SPS Agreement*. The Panel has ignored the significant fact that the *SPS Agreement* uses the expression "conform to" in both Article 3.2 and Article 2.4, i.e. in the two situations where rebuttable presumptions are established that certain measures are consistent with the *SPS Agreement* and/or the GATT 1994. Australia believes that the issue of whether a particular measure is "based on" an international standard, or "conforms to" such a standard, is something which can only be determined on a case-by-case basis.

88. The Panel failed to give effect to all the terms of the *SPS Agreement* by its treatment of the two options provided in Article 3.3. According to Australia, the Panel has ignored the differences in the wording of the two options, and their explicit identification as alternatives by the use of the word "or" in Article 3.3. This interpretation has resulted in the Panel concluding that both alternatives mean that a measure can only be justified under Article 3.3 if it meets the requirements of Article 5. In Australia's view, while a Member's determination under the first of these options must be "based on" an examination and evaluation of available scientific information "in conformity with" the relevant provisions of the *SPS Agreement*, there remains an important distinction between the two options which the Panel failed to recognize.

89. Australia also considers as erroneous the Panel's interpretation of "risk", specifically its use of the term "identifiable risk", which has no basis in the text of the *SPS Agreement*. What the Panel is required to examine under Articles 5.1 and 5.2 is whether the EC measure is "based on" a risk assessment, and not whether there was an "identifiable risk".

90. In discussing whether there is a need for a separate risk assessment for each individual substance, Australia draws particular attention to the wording of Article 5.1 providing for a risk assessment "as

appropriate to the circumstances". This wording expressly recognizes that what constitutes an appropriate risk assessment may differ from case to case. In the view of Australia, the determination of whether a risk assessment is required for a particular individual substance should therefore be made on a case-by-case basis. The Panel recognized that in order to find an SPS measure inconsistent with Article 5.5 all elements of this provision need to be present⁵² but the Panel, nevertheless, gave undue weight, in the view of Australia, to the significance of the distinction in the levels of protection. The Panel's reference to the Appellate Body Report in *Japan - Alcoholic Beverages*⁵³ concerning the requirements of Article III:2 of the GATT 1994 was misleading and inappropriate.

91. Although Australia supports the view of the United States that the EC measures are inconsistent with Article 2.2 of the *SPS Agreement*, Australia does not believe there was any need for the Panel to make such a finding.

2. New Zealand

92. New Zealand refers to its third party submission to the Panel relating to Articles 2.2 and 5.6. New Zealand submits that since the Panel found that there was no scientific evidence that indicated that an identifiable risk arises from the use of any of the hormones at issue when used for growth promotion purposes in accordance with good practice, the Appellate Body should consider the applicability of Articles 2.2 and 5.6 of the *SPS Agreement* to the import ban.

3. Norway

93. Norway stresses that the *SPS Agreement* does not contain obligations to harmonize different levels of protection. The right of every Member to set its own level of protection is, according to Norway, an inherent right that has always been accepted by the GATT and now by the *WTO Agreement*. In the view of Norway, Members have a variety of options when deciding on their appropriate level of protection. They may decide to adopt a more lenient approach or a more stringent approach. Member A may decide to have a (close to) zero tolerance for deaths related to the usage of certain substances, while Member B accepts one death per million per year. This is entirely for Member A and Member

⁵²US Panel Report, para. 8.174; Canada Panel Report, para. 8.177.

⁵³Adopted 1 November 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

B to decide. When, thereafter, each Member chooses the measure necessary to achieve its level of protection, that measure must comply with the basic obligations of Articles 2, 3 and 5 of the *SPS Agreement*. As long as the existence of a risk is established, the WTO is only concerned with the justification of the measure the Member chooses to apply to achieve the level of protection it has deemed appropriate. According to Norway, there is no requirement on that Member to come to the same conclusions concerning the evaluation of the available scientific evidence that other Members or international organizations may have reached.

94. On the issue of burden of proof, Norway argues that the Panel erred when it described Article 3.1 as the general rule, thus imposing an obligation on Members to harmonize their SPS measures. Article 3.1 clearly states that harmonization is merely an objective or option, by using the words "... on as wide a basis as possible". The "exceptions" to this objective are not limited to situations covered by Article 3.3. There are others, as can be seen from the words "... except as otherwise provided for in this Agreement, and in particular in paragraph 3". Norway submits that instead of designating one paragraph of Article 3 as a general rule and others as exceptions, the Panel should have read Article 3 within the context of Articles 2.2 and 2.3. In the view of Norway, where the SPS measure is identical for domestic and imported products, the general rule -- as with all obligations -- is that the complainant must present a *prima facie* case of violation. The requirement in Article 2.2 that measures be "necessary" does not alter the above. SPS measures are not exceptional measures, and the burden of proving that a measure is not necessary rests in the first instance with the complainant.

95. In respect of Article 5.5, Norway submits that it is the level of protection that is at issue, rather than the measure, which must "conform to" other parts of the *SPS Agreement*. It is for the complainant to prove that a decision on different levels of protection violates Article 5.5.

III. Issues Raised in this Appeal

96. This appeal raises the following legal issues:

- (a) Whether the Panel correctly allocated the burden of proof in this case;
- (b) Whether the Panel applied the appropriate standard of review under the *SPS Agreement*;

- (c) Whether, or to what extent, the precautionary principle is relevant in the interpretation of the *SPS Agreement*;
- (d) Whether the provisions of the *SPS Agreement* apply to measures enacted before the date of entry into force of the *WTO Agreement*;
- (e) Whether the Panel made an objective assessment of the facts pursuant to Article 11 of the DSU;
- (f) Whether the Panel acted within the scope of its authority in its selection and use of experts, in granting additional third party rights to the United States and Canada and in making findings based on arguments not made by the parties;
- (g) Whether the Panel correctly interpreted Articles 3.1 and 3.3 of the *SPS Agreement*;
- (h) Whether the EC measures are "based on" a risk assessment within the meaning of Article 5.1 of the *SPS Agreement*;
- (i) Whether the Panel correctly interpreted and applied Article 5.5 of the *SPS Agreement*;
and
- (j) Whether the Panel appropriately exercised "judicial economy" in not making findings on the consistency of the EC measures with Article 2.2 and Article 5.6 of the *SPS Agreement*.

IV. Allocating the Burden of Proof in Proceedings Under the *SPS Agreement*

97. The first general issue that we must address relates to the allocation of the burden of proof in proceedings under the *SPS Agreement*. The Panel appropriately describes this issue as one "of particular importance"⁵⁴, in view of the nature of disputes under that Agreement. Such disputes may raise multiple and complex issues of fact.

⁵⁴US Panel Report, para. 8.48; Canada Panel Report, para. 8.51.

98. The Panel begins its analysis by setting out the general allocation of the burden of proof between the contending parties in any proceedings under the *SPS Agreement*. The initial burden lies on the complaining party, which must establish a *prima facie* case of inconsistency with a particular provision of the *SPS Agreement* on the part of the defending party, or more precisely, of its SPS measure or measures complained about. When that *prima facie* case is made, the burden of proof moves to the defending party, which must in turn counter or refute the claimed inconsistency. This seems straightforward enough and is in conformity with our ruling in *United States - Shirts and Blouses*⁵⁵, which the Panel invokes and which embodies a rule applicable in any adversarial proceedings.

99. The Panel, however, proceeds to make a general, unqualified, interpretative ruling that the *SPS Agreement* allocates the "evidentiary burden" to the Member imposing an SPS measure. To support this general statement, which renders the Panel's reference to our own ruling in *United States - Shirts and Blouses* little more than lip-service, the Panel first points to:

... the wording of many of the provisions contained in [the SPS] Agreement and in particular the first three words thereof: "*Members shall ensure that ...*" (e.g. Articles 2.2, 2.3, 5.1 and 5.6 of the SPS Agreement).⁵⁶

100. The Panel next quotes Article 5.8 of the *SPS Agreement*, while parenthetically noting that this Article "relates more to transparency than to any requirement of legal justification".⁵⁷ Article 5.8 provides:

When a Member has reason to believe that a specific sanitary or phytosanitary measure introduced or maintained by another Member is constraining, or has the potential to constrain, its exports and the measure is not based on the relevant international standards, guidelines or recommendations, or such standards, guidelines or recommendations do not exist, an explanation of the reasons for such sanitary or phytosanitary measure may be requested and shall be provided by the Member maintaining the measure.

⁵⁵Adopted 23 May 1997, WT/DS33/AB/R, p. 14.

⁵⁶US Panel Report, para. 8.52; Canada Panel Report, para. 8.55.

⁵⁷US Panel Report, para. 8.53; Canada Panel Report, para. 8.56.

101. Lastly, the Panel seeks support for its general interpretative ruling in Article 3.2 of the *SPS Agreement*, which establishes a presumption of consistency with relevant provisions of that Agreement and of the GATT 1994 for measures that conform to international standards, guidelines and recommendations. From this presumption, the Panel extracts a reverse inference that if a measure does *not* conform to international standards, the Member imposing such a measure must bear the burden of proof in any complaint of inconsistency with a provision of the *SPS Agreement*.⁵⁸

102. We find the general interpretative ruling of the Panel to be bereft of basis in the *SPS Agreement* and must, accordingly, reverse that ruling. It does not appear to us that there is any necessary (i.e. logical) or other connection between the undertaking of Members to ensure, for example, that SPS measures are "applied only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health ..."⁵⁹, and the allocation of burden of proof in a dispute settlement proceeding. Article 5.8 of the *SPS Agreement* does not purport to address burden of proof problems; it does not deal with a dispute settlement situation. To the contrary, a Member seeking to exercise its right to receive information under Article 5.8 would, most likely, be in a pre-dispute situation, and the information or explanation it receives may well make it possible for that Member to proceed to dispute settlement proceedings and to carry the burden of proving on a *prima facie* basis that the measure involved is not consistent with the *SPS Agreement*. The Panel's last reason involves, quite simply, a *non-sequitur*. The converse or a *contrario* presumption created by the Panel does not arise. The presumption of consistency with relevant provisions of the *SPS Agreement* that arises under Article 3.2 in respect of measures that conform to international standards may well be an *incentive* for Members so to conform their SPS measures with such standards. It is clear, however, that a decision of a Member not to conform a particular measure with an international standard does not authorize imposition of a special or generalized burden of proof upon that Member, which may, more often than not, amount to a *penalty*.

103. In initiating its discussion on the requirements of Articles 3.1 and 3.3 of the *SPS Agreement*, the Panel turns once more to allocating the burden of proof between the complaining parties and the defending party. The Panel states:

One purpose of the SPS Agreement, as explicitly recognized in the preamble, is to promote the use of international standards, guidelines and recommendations. To that end, Article 3.1 imposes an obligation

⁵⁸US Panel Report, para. 8.54; Canada Panel Report, para. 8.57.

⁵⁹*SPS Agreement*, Article 2.2.

on all Members to base their sanitary measures on international standards except as otherwise provided for in the SPS Agreement, and in particular in Article 3.3 thereof. In this sense, Article 3.3 provides an exception to the general obligation contained in Article 3.1. Article 3.2, in turn, specifies that the complaining party has the burden of overcoming a presumption of consistency with the SPS Agreement in the case of a measure based on international standards. It thereby suggests by implication that when a measure is not so based, the burden is on the respondent to show that the measure is justified under the exceptions provided for in Article 3.3.

We find, therefore, that once the complaining party provides a *prima facie* case (i) that there is an international standard with respect to the measure in dispute, and (ii) that the measure in dispute is *not* based on this standard, the burden of proof under Article 3.3 shifts to the defending party.⁶⁰ (underlining added)

104. The Panel relies on two interpretative points in reaching its above finding. First, the Panel posits the existence of a "general rule - exception" relationship between Article 3.1 (the general obligation) and Article 3.3 (an exception)⁶¹ and applies to the *SPS Agreement* what it calls "established practice under GATT 1947 and GATT 1994" to the effect that the burden of justifying a measure under Article XX of the GATT 1994 rests on the defending party.⁶² It appears to us that the Panel has misconceived the relationship between Articles 3.1, 3.2 and 3.3, a relationship discussed below⁶³, which is qualitatively different from the relationship between, for instance, Articles I or III and Article XX of the GATT 1994. Article 3.1 of the *SPS Agreement* simply excludes from its scope of application the kinds of situations covered by Article 3.3 of that Agreement, that is, where a Member has projected for itself a higher level of sanitary protection than would be achieved by a measure based on an international standard. Article 3.3 recognizes the autonomous right of a Member to establish such higher level of protection, provided that that Member complies with certain requirements in promulgating SPS measures to achieve that level. The general rule in a dispute settlement proceeding requiring a complaining party to establish a *prima facie* case of inconsistency with a provision of the *SPS Agreement* before the burden of showing consistency with that provision is taken on by the defending party, is *not* avoided by simply describing that same provision as an "exception". In much the same way, merely characterizing a treaty provision as an "exception" does not by itself justify a "stricter" or "narrower" interpretation of that provision than would be warranted by examination of the

⁶⁰US Panel Report, paras. 8.86 and 8.87; Canada Panel Report, paras. 8.89 and 8.90.

⁶¹US Panel Report, para. 8.86; Canada Panel Report, para. 8.89.

⁶²US Panel Report, footnote 288; Canada Panel Report, footnote 393.

⁶³Paras. 169-172 of this Report.

ordinary meaning of the actual treaty words, viewed in context and in the light of the treaty's object and purpose, or, in other words, by applying the normal rules of treaty interpretation. It is also well to remember that a *prima facie* case is one which, in the absence of effective refutation by the defending party, requires a panel, as a matter of law, to rule in favour of the complaining party presenting the *prima facie* case.⁶⁴

105. Secondly, the Panel relies upon the reverse presumption or implication it discovered in Article 3.2 of the *SPS Agreement*. As already noted, we have been unable to find any basis for that implication or presumption.⁶⁵

106. We believe, therefore, and so hold that the Panel erred in law both in its two interpretative points and its finding set out in paragraphs 8.86 and 8.87 of the US Panel Report and paragraphs 8.89 and 8.90 of the Canada Panel Report (quoted above).⁶⁶

107. The legal interpretations developed and the findings set out above by the Panel appear to have been applied, *inter alia*, in the following paragraphs that have also been appealed by the European Communities:

We recall the conclusions we reached above on burden of proof, in particular that the European Communities has, with respect to its measures which deviate from international standards, the burden of proving the existence of a risk assessment (and, derived therefrom, an identifiable risk) on which the EC measures in dispute are based. It is not, in this dispute, for the United States to prove that there is *no risk*.⁶⁷

...

We finally recall our findings reached above on the specific burden of proof under Article 3.3. In particular, we found that the burden of proving that the requirements imposed by Article 3.3 (*inter alia*, consistency with Article 5) are met, in order to justify a sanitary measure which deviates from an international standard, rests with the Member imposing that measure. Since the EC measures examined

⁶⁴Appellate Body Report, *United States - Shirts and Blouses*, adopted 23 May 1997, WT/DS33/AB/R, p. 14.

⁶⁵Para. 102 of this Report.

⁶⁶See para. 103 of this Report.

⁶⁷US Panel Report, para. 8.151; Canada Panel Report, para. 8.154.

in this section (relating to all hormones in dispute other than MGA) are not based on existing international standards and need to be justified under the exceptions provided for in Article 3.3, the European Communities bears the burden of proving that the determination and application of its level of protection is consistent with Articles 5.4 to 5.6.⁶⁸

108. To the extent that the Panel⁶⁹ purports to absolve the United States and Canada from the necessity of establishing a *prima facie* case showing the absence of the risk assessment required by Article 5.1, and the failure of the European Communities to comply with the requirements of Article 3.3, and to impose upon the European Communities the burden of proving the existence of such risk assessment and the consistency of its measures with Articles 5.4, 5.5 and 5.6 *without regard to whether or not the complaining parties had already established their prima facie case*, we consider and so hold that the Panel once more erred in law.

109. In accordance with our ruling in *United States - Shirts and Blouses*⁷⁰, the Panel should have begun the analysis of each legal provision by examining whether the United States and Canada had presented evidence and legal arguments sufficient to demonstrate that the EC measures were inconsistent with the obligations assumed by the European Communities under each Article of the *SPS Agreement* addressed by the Panel, i.e., Articles 3.1, 3.3, 5.1 and 5.5. Only after such a *prima facie* determination had been made by the Panel may the onus be shifted to the European Communities to bring forward evidence and arguments to disprove the complaining party's claim.⁷¹

V. The Standard of Review Applicable in Proceedings Under the *SPS Agreement*

110. The European Communities appeals from certain findings of the Panel⁷² upon the ground that the Panel failed to apply an appropriate standard of review in assessing certain acts of, and scientific

⁶⁸US Panel Report, para. 8.165; Canada Panel Report, para. 8.168.

⁶⁹US Panel Report, paras. 8.151 and 8.165; Canada Panel Report, paras. 8.154 and 8.168.

⁷⁰Adopted 23 May 1997, WT/DS33/AB/R, pp. 14-16.

⁷¹Our finding that the Panel erred in allocating the burden of proof generally to the Member imposing the measure, however, does not deal with the quite separate issue of whether the United States and Canada actually made a *prima facie* case of violation of each of the following Articles of the *SPS Agreement*: 3.1, 3.3, 5.1 and 5.5. See in this respect, footnote 180 of this Report.

⁷²US Panel Report, paras. 8.124, 8.127, 8.133, 8.134, 8.145, 8.146, 8.194, 8.199, 8.213 and 8.255; Canada Panel Report, paras. 8.127, 8.130, 8.136, 8.137, 8.148, 8.149, 8.197, 8.202, 8.216 and 8.258.

evidentiary material submitted by, the European Communities.⁷³ The European Communities claimed, more specifically, that:

... the panel erred in law in not according deference to the following elements of the EC measures:

- the EC's decision to set and apply a level of sanitary protection higher than that recommended by Codex Alimentarius for the risks arising from the use of these hormones for growth promotion;
- the EC's scientific assessment and management of the risk from the hormones at issue; and
- the EC's adherence to the precautionary principle and its aversion to accepting any increased carcinogenic risk.

The panel also erred in law because it:

- assigned a high probative value to the scientific views presented by some of the five scientific experts chosen by it (and to the views of the technical expert appointed by Codex Alimentarius);
- disregarded in effect or distorted the scientific evidence presented by the EC and its scientific advisors, and systematically considered the scientific views of the panel-appointed experts or even a minority of those experts, of higher probative value than the scientific evidence presented by the EC scientists;
- based its legal interpretations and findings on a number of critical issues on the majority of scientific views presented by its own appointed experts, instead of limiting itself to examining whether the scientific evidence presented by the EC was based on "*scientific principles*" (as required by Article 2:2 [of the *SPS Agreement*]).⁷⁴

111. In the view of the European Communities, the principal alternative approaches to the problem of formulating the "proper standard of review" so far as panels are concerned are two-fold. The first is designated as "*de novo* review". This standard of review would allow a panel complete freedom to come to a different view than the competent authority of the Member whose act or determination

⁷³EC's appellant's submission, para. 140.

⁷⁴EC's appellant's submission, para. 139.

is being reviewed. A panel would have to "verify whether the determination by the national authority was 'correct' both factually and procedurally".⁷⁵ The second is described as "deference". Under a "deference" standard, a panel, in the submission of the European Communities, should not seek to redo the investigation conducted by the national authority but instead examine whether the "procedure" required by the relevant WTO rules had been followed.⁷⁶

112. Clearly referring only to an appropriate standard of review of *factual* determinations by the domestic authorities of a Member, the European Communities submits that the principle of deference has been embodied in Article 17.6(i) of the *Anti-Dumping Agreement*, which reads as follows:

17.6 In examining the matter referred to in paragraph 5:

- (i) in its assessment of the facts of the matter, the panel shall determine whether the authorities' establishment of the facts was proper and whether their evaluation of those facts was unbiased and objective. If the establishment of the facts was proper and the evaluation was unbiased and objective, even though the panel might have reached a different conclusion, the evaluation shall not be overturned;

113. The European Communities further urges that the above-quoted standard, which it describes as a "deferential 'reasonableness' standard"⁷⁷ is applicable in "all highly complex factual situations, including the assessment of the risks to human health arising from toxins and contaminants"⁷⁸, and should have been applied by the Panel in the present case.

114. The first point that must be made in this connection, is that the *SPS Agreement* itself is silent on the matter of an appropriate standard of review for panels deciding upon SPS measures of a Member. Nor are there provisions in the DSU or any of the covered agreements (other than the *Anti-Dumping Agreement*) prescribing a particular standard of review. Only Article 17.6(i) of the *Anti-Dumping Agreement* has language on the standard of review to be employed by panels engaged in the "assessment of the facts of the matter". We find no indication in the *SPS Agreement* of an intent on the part of

⁷⁵EC's appellant's submission, para. 122.

⁷⁶EC's appellant's submission, para. 123.

⁷⁷EC's appellant's submission, para. 128.

⁷⁸EC's appellant's submission, para. 127.

the Members to adopt or incorporate into that Agreement the standard set out in Article 17.6(i) of the *Anti-Dumping Agreement*. Textually, Article 17.6(i) is specific to the *Anti-Dumping Agreement*.⁷⁹

115. The standard of review appropriately applicable in proceedings under the *SPS Agreement*, of course, must reflect the balance established in that Agreement between the jurisdictional competences conceded by the Members to the WTO and the jurisdictional competences retained by the Members for themselves.⁸⁰ To adopt a standard of review not clearly rooted in the text of the *SPS Agreement* itself, may well amount to changing that finely drawn balance; and neither a panel nor the Appellate Body is authorized to do that.

116. We do not mean, however, to suggest that there is at present no standard of review applicable to the determination and assessment of the facts in proceedings under the *SPS Agreement* or under other covered agreements. In our view, Article 11 of the DSU bears directly on this matter and, in effect, articulates with great succinctness but with sufficient clarity the appropriate standard of review for panels in respect of both the ascertainment of facts and the legal characterization of such facts under the relevant agreements. Article 11 reads thus:

The function of panels is to assist the DSB in discharging its responsibilities under this Understanding and the covered agreements. Accordingly, a panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered

⁷⁹On the other hand, as suggested by the United States, we must note the *Decision on the Review of Article 17.6 of the Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, which states:

Ministers,

Decide as follows:

The standard of review in paragraph 6 of Article 17 of the Agreement on Implementation of Article VI of GATT 1994 shall be reviewed after a period of three years with a view to considering the question of whether it is capable of general application. (underlining added)

This Ministerial Decision evidences that the Ministers were aware that Article 17.6 of the *Anti-Dumping Agreement* was applicable only in respect of that Agreement.

⁸⁰See, for example, S.P. Croley and J.H. Jackson, "WTO Dispute Panel Deference to National Government Decisions, The Misplaced Analogy to the U.S. Chevron Standard-of-Review Doctrine", in E.-U. Petersmann (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System* (Kluwer, 1997) 185, p. 189; P.A. Akakwam, "The Standard of Review in the 1994 Antidumping Code: Circumscribing the Role of GATT Panels in Reviewing National Antidumping Determinations" (1996), 5:2 *Minnesota Journal of Global Trade* 277, pp. 295-296.

agreements, and make such other findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided in the covered agreements. Panels should consult regularly with the parties to the dispute and give them adequate opportunity to develop a mutually satisfactory solution". (underlining added)

117. So far as fact-finding by panels is concerned, their activities are always constrained by the mandate of Article 11 of the DSU: the applicable standard is neither *de novo* review as such, nor "total deference", but rather the "objective assessment of the facts". Many panels have in the past refused to undertake *de novo* review⁸¹, wisely, since under current practice and systems, they are in any case poorly suited to engage in such a review. On the other hand, "total deference to the findings of the national authorities", it has been well said, "could not ensure an 'objective assessment' as foreseen by Article 11 of the DSU".⁸²

118. In so far as legal questions are concerned - that is, consistency or inconsistency of a Member's measure with the provisions of the applicable agreement - a standard not found in the text of the *SPS Agreement* itself cannot absolve a panel (or the Appellate Body) from the duty to apply the customary rules of interpretation of public international law.⁸³ It may be noted that the European Communities refrained from suggesting that Article 17.6 of the *Anti-Dumping Agreement* in its entirety was applicable to the present case. Nevertheless, it is appropriate to stress that here again Article 11 of the DSU is directly on point, requiring a panel to "make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements ...".

119. We consider, therefore, that the issue of failure to apply an appropriate standard of review, raised by the European Communities, resolves itself into the issue of whether or not the Panel, in making the above and other findings referred to and appealed by the European Communities, had made an "objective assessment of the matter before it, including *an objective assessment of the facts ...*". This particular issue is addressed (in substantial detail) below.⁸⁴ Here, however, we uphold the findings

⁸¹Panel Report, *United States - Underwear*, adopted 25 February 1997, WT/DS24/R; Panel Report, *Korea - Anti-Dumping Duties on Imports of Polyacetal Resins from the United States*, adopted 27 April 1993, BISD 40S/205; Panel Report, *United States - Imposition of Anti-Dumping Duties on Imports of Fresh and Chilled Atlantic Salmon from Norway*, adopted 27 April 1994, ADP/87; and Panel Report, *United States - Initiation of a Countervailing Duty Investigation into Softwood Lumber Products from Canada*, adopted 3 June 1987, BISD 34S/194.

⁸²Panel Report, *United States - Underwear*, adopted 25 February 1997, WT/DS24/R, para. 7.10

⁸³DSU, Article 3.2.

⁸⁴Paras. 131-144 of this Report.

of the Panel appealed by the European Communities upon the ground of failure to apply either a "deferential reasonableness standard" or the standard of review set out in Article 17.6(i) of the *Anti-Dumping Agreement*.

VI. The Relevance of the Precautionary Principle in the Interpretation of the *SPS Agreement*

120. We are asked by the European Communities to reverse the finding of the Panel relating to the precautionary principle. The Panel's finding and its supporting statements are set out in the Panel Reports in the following terms:

The European Communities also invokes the precautionary principle in support of its claim that its measures in dispute are based on a risk assessment. To the extent that this principle could be considered as part of customary international law *and* be used to interpret Articles 5.1 and 5.2 on the assessment of risks as a customary rule of interpretation of public international law (as that phrase is used in Article 3.2 of the DSU), we consider that this principle would not override the explicit wording of Articles 5.1 and 5.2 outlined above, in particular since the precautionary principle has been incorporated and given a specific meaning in Article 5.7 of the *SPS Agreement*. We note, however, that the European Communities has explicitly stated in this case that it is not invoking Article 5.7.

We thus find that the precautionary principle cannot override our findings made above, namely that the EC import ban of meat and meat products from animals treated with any of the five hormones at issue for growth promotion purposes, in so far as it also applies to meat and meat products from animals treated with any of these hormones *in accordance with good practice*, is, from a substantive point of view, *not based on a risk assessment*.⁸⁵ (underlining added)

121. The basic submission of the European Communities is that the precautionary principle is, or has become, "a general customary rule of international law" or at least "a general principle of law".⁸⁶ Referring more specifically to Articles 5.1 and 5.2 of the *SPS Agreement*, applying the precautionary principle means, in the view of the European Communities, that it is not necessary for *all* scientists

⁸⁵US Panel Report, paras. 8.157 and 8.158; Canada Panel Report, paras. 8.160 and 8.161.

⁸⁶EC's appellant's submission, para. 91.

around the world to agree on the "possibility and magnitude" of the risk, nor for *all* or most of the WTO Members to perceive and evaluate the risk in the same way.⁸⁷ It is also stressed that Articles 5.1 and 5.2 do not prescribe a particular type of risk assessment and do not prevent Members from being cautious in their risk assessment exercise.⁸⁸ The European Communities goes on to state that its measures here at stake were precautionary in nature and satisfied the requirements of Articles 2.2 and 2.3, as well as of Articles 5.1, 5.2, 5.4, 5.5 and 5.6 of the *SPS Agreement*.⁸⁹

122. The United States does not consider that the "precautionary principle" represents customary international law and suggests it is more an "approach" than a "principle".⁹⁰ Canada, too, takes the view that the precautionary principle has not yet been incorporated into the corpus of public international law; however, it concedes that the "precautionary approach" or "concept" is "an *emerging* principle of law" which may in the future crystallize into one of the "general principles of law recognized by civilized nations" within the meaning of Article 38(1)(c) of the *Statute of the International Court of Justice*.⁹¹

123. The status of the precautionary principle in international law continues to be the subject of debate among academics, law practitioners, regulators and judges. The precautionary principle is regarded by some as having crystallized into a general principle of customary international *environmental* law. Whether it has been widely accepted by Members as a principle of *general* or *customary international law* appears less than clear.⁹² We consider, however, that it is unnecessary, and probably

⁸⁷EC's appellant's submission, para. 88.

⁸⁸EC's appellant's submission, para. 94.

⁸⁹EC's appellant's submission, para. 98.

⁹⁰United States' appellee's submission, para. 92.

⁹¹Canada's appellee's submission, para. 34.

⁹²Authors like P. Sands, J. Cameron and J. Abouchar, while recognizing that the principle is still evolving, submit nevertheless that there is currently sufficient state practice to support the view that the precautionary principle is a principle of customary international law. See, for example, P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Vol. I (Manchester University Press 1995) p. 212; J. Cameron, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in J. Cameron and T. O'Riordan (eds.), *Interpreting the Precautionary Principle* (Cameron May, 1994) 262, p. 283; J. Cameron and J. Abouchar, "The Status of the Precautionary Principle in International Law", in D. Freestone and E. Hey (eds.), *The Precautionary Principle in International Law* (Kluwer, 1996) 29, p. 52. Other authors argue that the precautionary principle has not yet reached the status of a principle of international law, or at least, consider such status doubtful, among other reasons, due to the fact that the principle is still subject to a great variety of interpretations. See, for example, P. Birnie and A. Boyle, *International Law and the Environment* (Clarendon Press, 1992), p. 98; L. Gündling, "The Status in International Law of the Precautionary Principle" (1990), 5:1,2,3 *International Journal of Estuarine and Coastal Law* 25, p. 30; A. deMestral (et. al), *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 5th ed. (Emond Montgomery, 1993), p. 765; D. Bodansky, in *Proceedings of the 85th Annual Meeting of the American Society of International Law* (ASIL, 1991), p. 415.

imprudent, for the Appellate Body in this appeal to take a position on this important, but abstract, question. We note that the Panel itself did not make any definitive finding with regard to the status of the precautionary principle in international law and that the precautionary principle, at least outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation.⁹³

124. It appears to us important, nevertheless, to note some aspects of the relationship of the precautionary principle to the *SPS Agreement*. First, the principle has not been written into the *SPS Agreement* as a ground for justifying SPS measures that are otherwise inconsistent with the obligations of Members set out in particular provisions of that Agreement. Secondly, the precautionary principle indeed finds reflection in Article 5.7 of the *SPS Agreement*. We agree, at the same time, with the European Communities, that there is no need to assume that Article 5.7 exhausts the relevance of a precautionary principle. It is reflected also in the sixth paragraph of the preamble and in Article 3.3. These explicitly recognize the right of Members to establish their own appropriate level of sanitary protection, which level may be higher (i.e., more cautious) than that implied in existing international standards, guidelines and recommendations. Thirdly, a panel charged with determining, for instance, whether "sufficient scientific evidence" exists to warrant the maintenance by a Member of a particular SPS measure may, of course, and should, bear in mind that responsible, representative governments commonly act from perspectives of prudence and precaution where risks of irreversible, e.g. life-terminating, damage to human health are concerned. Lastly, however, the precautionary principle does not, by itself, and without a clear textual directive to that effect, relieve a panel from the duty of applying the normal (i.e. customary international law) principles of treaty interpretation in reading the provisions of the *SPS Agreement*.

125. We accordingly agree with the finding of the Panel that the precautionary principle does not override the provisions of Articles 5.1 and 5.2 of the *SPS Agreement*.

⁹³In *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, the International Court of Justice recognized that in the field of environmental protection "... new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight ...". However, we note that the Court did not identify the precautionary principle as one of those recently developed norms. It also declined to declare that such principle could override the obligations of the Treaty between Czechoslovakia and Hungary of 16 September 1977 concerning the construction and operation of the Gabčíkovo/Nagymaros System of Locks. See, *Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, I.C.J. Judgement, 25 September 1997, paras. 140, 111-114. Not yet reported in the I.C.J. Reports but available on internet at <http://www.icj-cij.org/idecis.htm>.

VII. Application of the *SPS Agreement* to Measures Enacted Before 1 January 1995

126. Although Directives 81/602, 88/148 and 88/299 were enacted before the entry into force of the *WTO Agreement* on 1 January 1995, the Panel held⁹⁴ that, in line with Article 28 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties* (the "*Vienna Convention*")⁹⁵, the *SPS Agreement* should apply to the EC measures at issue because they continued to exist after 1 January 1995 and the *SPS Agreement* does not show any intention to limit its application to measures enacted after the entry into force of the *WTO Agreement*. The Panel stated that, to the contrary, several provisions of the *SPS Agreement*, and in particular Articles 2.2, 3.3, 5.6, 5.8 and 14 thereof, confirm the *SPS Agreement* does indeed apply to SPS measures which were enacted before 1 January 1995 but were maintained thereafter.⁹⁶

127. The European Communities submits that this conclusion of the Panel is "too sweeping"⁹⁷ and that the *SPS Agreement* shows an intention to limit the temporal application of the Agreement, and in particular Articles 5.1 to 5.5 thereof, to measures enacted after the entry into force of the Agreement.

128. We addressed the issue of temporal application in our Report in *Brazil - Measures Affecting Desiccated Coconut* and concluded on the basis of Article 28 of the *Vienna Convention* that:

Absent a contrary intention, a treaty cannot apply to acts or facts which took place, or situations which ceased to exist, before the date of its entry into force.⁹⁸

We agree with the Panel that the *SPS Agreement* would apply to situations or measures that did not cease to exist, such as the 1981 and 1988 Directives, unless the *SPS Agreement* reveals a contrary intention. We also agree with the Panel that the *SPS Agreement* does not reveal such an intention. The *SPS Agreement* does not contain any provision limiting the temporal application of the

⁹⁴US Panel Report, para. 8.25; Canada Panel Report, para. 8.28.

⁹⁵Done at Vienna, 23 May 1969, 1155 UNTS 331; (1969), 8 International Legal Materials, 679.

⁹⁶US Panel Report, para. 8.26; Canada Panel Report, para. 8.29.

⁹⁷EC's appellant's submission, para. 264.

⁹⁸Adopted 20 March 1997, WT/DS22/AB/R, p. 15.

SPS Agreement, or of any provision thereof, to SPS measures adopted after 1 January 1995.⁹⁹ In the absence of such a provision, it cannot be assumed that central provisions of the *SPS Agreement*, such as Articles 5.1 and 5.5, do not apply to measures which were enacted before 1995 but which continue to be in force thereafter. If the negotiators had wanted to exempt the very large group of SPS measures in existence on 1 January 1995 from the disciplines of provisions as important as Articles 5.1 and 5.5, it appears reasonable to us to expect that they would have said so explicitly. Articles 5.1 and 5.5 do not distinguish between SPS measures adopted before 1 January 1995 and measures adopted since; the relevant implication is that they are intended to be applicable to both. Furthermore, other provisions of the *SPS Agreement*, such as Articles 2.2, 2.3, 3.3 and 5.6, expressly contemplate applicability to SPS measures that already existed on 1 January 1995. Finally, we observe, more generally, that Article XVI.4 of the *WTO Agreement* stipulates that:

Each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements.

Unlike the GATT 1947, the *WTO Agreement* was accepted definitively by Members, and therefore, there are no longer "existing legislation" exceptions (so-called "grandfather rights").¹⁰⁰

129. We are aware that the applicability, as from 1 January 1995, of the requirement that an SPS measure be based on a risk assessment to the many SPS measures already in existence on that date, may impose burdens on Members. It is pertinent here to note that Article 5.1 stipulates that SPS measures must be based on a risk assessment, *as appropriate to the circumstances*, and this makes clear that the Members have a certain degree of flexibility in meeting the requirements of Article 5.1.

130. We therefore affirm the finding of the Panel with regard to the temporal application of the *SPS Agreement*. We also note that the measure at issue in this appeal is, since 1 July 1997, no longer embodied in the pre-1995 Directives referred to above, but rather in Directive 96/22, which was

⁹⁹Note that Article 14 of the *SPS Agreement* allows the *least-developed country Members* and other *developing country Members* to delay implementation of the provisions of that Agreement for a period of *five and two years*, respectively, following the date of entry into force of the *WTO Agreement*. Developing country Members may only delay application of the provisions of that Agreement where such application is prevented by lack of technical expertise, technical infrastructure or resources. This right to *defer* application of the provisions of the *SPS Agreement* concerns, however, both SPS measures existing before the entry into force of the *WTO Agreement* and SPS measures enacted since.

¹⁰⁰With the exception of the measures taken by a Member under specific mandatory legislation referred to in paragraph 3(a) of the language incorporating the GATT 1994 into the *WTO Agreement*.

elaborated and enacted *after* the entry into force of the *WTO Agreement*. None of the parties contests that the currently applicable measure is subject to the disciplines of Articles 5.1 and 5.5 of the *SPS Agreement*.

VIII. The Requirement of Objective Assessment of the Facts by a Panel Under Article 11 of the DSU

131. The European Communities claims that the Panel has disregarded or distorted the evidence submitted by the European Communities to the Panel, as well as the opinions and statements made by the scientific experts advising the Panel. It is claimed, in other words, that the Panel has failed to make an objective assessment of the facts as required by Article 11 of the DSU, and the European Communities asks us to reverse the findings so arrived at by the Panel.

132. Under Article 17.6 of the DSU, appellate review is limited to appeals on questions of law covered in a panel report and legal interpretations developed by the panel. Findings of fact, as distinguished from legal interpretations or legal conclusions, by a panel are, in principle, not subject to review by the Appellate Body. The determination of whether or not a certain event did occur in time and space is typically a question of fact; for example, the question of whether or not Codex has adopted an international standard, guideline or recommendation on MGA is a factual question. Determination of the credibility and weight properly to be ascribed to (that is, the appreciation of) a given piece of evidence is part and parcel of the fact finding process and is, in principle, left to the discretion of a panel as the trier of facts. The consistency or inconsistency of a given fact or set of facts with the requirements of a given treaty provision is, however, a legal characterization issue. It is a legal question. Whether or not a panel has made an objective assessment of the facts before it, as required by Article 11 of the DSU, is also a legal question which, if properly raised on appeal, would fall within the scope of appellate review.

133. The question which then arises is this: when may a panel be regarded as having failed to discharge its duty under Article 11 of the DSU to make an objective assessment of the facts before it? Clearly, not every error in the appreciation of the evidence (although it may give rise to a question of law) may be characterized as a failure to make an objective assessment of the facts. In the present appeal, the European Communities repeatedly claims that the Panel disregarded or distorted or

misrepresented the evidence submitted by the European Communities and even the opinions expressed by the Panel's own expert advisors. The duty to make an objective assessment of the facts is, among other things, an obligation to consider the evidence presented to a panel and to make factual findings on the basis of that evidence. The deliberate disregard of, or refusal to consider, the evidence submitted to a panel is incompatible with a panel's duty to make an objective assessment of the facts. The wilful distortion or misrepresentation of the evidence put before a panel is similarly inconsistent with an objective assessment of the facts. "Disregard" and "distortion" and "misrepresentation" of the evidence, in their ordinary signification in judicial and quasi-judicial processes, imply not simply an error of judgment in the appreciation of evidence but rather an egregious error that calls into question the good faith of a panel.¹⁰¹ A claim that a panel disregarded or distorted the evidence submitted to it is, in effect, a claim that the panel, to a greater or lesser degree, denied the party submitting the evidence fundamental fairness, or what in many jurisdictions is known as due process of law or natural justice.

134. It is, accordingly, incumbent upon us to examine the claims of the European Communities that the Panel here disregarded or distorted at least some of the evidence submitted to it.

A. *Evidence with Regard to MGA*

135. According to the European Communities, the Panel's finding that the experts advising the Panel have stated on several occasions that they are not aware of any publicly available scientific studies that evaluate the safety of MGA¹⁰² is manifestly not true.¹⁰³ The Panel cited only two of its experts (Dr. Ritter and Dr. McLean) and the statements of these two scientists do not entirely support the Panel's conclusion. Furthermore, the Panel did not mention that Dr. André and Dr. Lucier, two other experts advising the Panel, had respectively said that MGA is a "real risk" and that MGA is an "extraordinarily potent progestant", that is "about 30 times more potent than progesterone and orally active".¹⁰⁴ We note that Dr. Ritter clearly stated with regard to MGA that he had "no information other than of a

¹⁰¹It might be asked whether the European Communities did not merely intend to use "disregard" and "distortion" as unusually forceful synonyms for "misapprehend" or "misappreciation". It is not, however, clear that the European Communities did so intend, considering among other things the marked frequency with which "disregard" and "distortion" were used.

¹⁰²US Panel Report, para. 8.255; Canada Panel Report, para. 8.258.

¹⁰³EC's appellant's submission, para. 168.

¹⁰⁴EC's appellant's submission, para. 170, quoting Annex to the US and Canada Panel Reports, para. 852.

proprietary nature which [he] did not use"¹⁰⁵ and that Dr. McLean stated he had made no comment in his submission about MGA "because there hasn't been a large amount of data package available",¹⁰⁶ These two statements tend to support the Panel's conclusion. It is true that the Panel does not refer to the statements by Dr. Lucier and Dr. André. However, these statements do not contradict the Panel's conclusion that there is no publicly available study on the safety of MGA. Furthermore, while the Panel could have made a reference to and an evaluation of the statements by Dr. André and Dr. Lucier concerning MGA, it is generally within the discretion of the Panel to decide which evidence it chooses to utilize in making findings. We do not think that the Panel's silence on the statements of Dr. André and Dr. Lucier constitutes a distortion or disregard of evidence.

136. The European Communities argues that the Panel failed to request the submission of data on MGA and contends that this failure constituted a violation of Article 11 of the DSU. However, we see nothing in Article 11 to suggest that there is an obligation on the Panel to gather data relating to MGA and that it was therefore required to request the submission of this data.

137. Furthermore, the European Communities states that the Panel arbitrarily disregarded all the information concerning MGA that the European Communities had supplied to the Panel. The information here referred to are studies and reports of the IARC on hormones, including progestins, a category of substances to which MGA is said to belong. However, we note that the Panel did not simply ignore the IARC studies and reports but rather had indicated it did not consider them to be relevant because it found that a risk assessment needs to be carried out for each individual substance.¹⁰⁷

B. *Evidence with Regard to the Five Other Hormones*

138. With regard to the five other hormones in dispute, the European Communities contends that the Panel manifestly distorted the scientific evidence presented by the European Communities and eliminated dissenting scientific views of its own experts in an attempt to make the desired result fit

¹⁰⁵Annex to the US and Canada Panel Reports, para. 352.

¹⁰⁶Annex to the US and Canada Panel Reports, para. 354 .

¹⁰⁷US Panel Report, para. 8.257; Canada Panel Report, para. 8.260. The Panel pointed out that with respect to the five other hormones in dispute, JECFA, Codex and the European Communities itself have conducted or invoked risk assessments for each individual substance. Furthermore, the Panel referred to the paper presented at the 1995 EC Scientific Conference by J. Bridges and O. Bridges on "Hazards of Growth Promoting Agents and Strategies of Risk Assessment" (Conference Proceedings, p. 250). US Panel Report, para. 8.260; Canada Panel Report, para. 8.263.

the scientific record.¹⁰⁸ First, the European Communities submits¹⁰⁹ that the Panel incorrectly quotes some of the statements of Dr. Lucier and totally ignores other more relevant statements he made.¹¹⁰ We note that the Panel did indeed quote Dr. Lucier incorrectly. The Panel wrongly interpreted Dr. Lucier's statement in paragraph 819 of the Annex as meaning that the 0 to 1 in a million risk is caused by the *total amount of oestrogens in treated meat*. It is clear that Dr. Lucier stated that this risk is caused by the small fraction of oestrogens that is *added for growth promotion purposes*. However, this mistake on the part of the Panel in interpreting Dr. Lucier's statement does not constitute a *deliberate* disregard of evidence or *gross* negligence amounting to bad faith. The Panel also failed to refer to certain other statements made by Dr. Lucier. It seems to us that these statements either merely clarify the statement discussed above or are of a general nature. The Panel cannot realistically refer to all statements made by the experts advising it and should be allowed a substantial margin of discretion as to which statements are useful to refer to explicitly. The same thing may be said with regard to the claim by the European Communities that the Panel failed to quote certain statements by Dr. Ritter and Dr. McLean.¹¹¹

139. Second, it is claimed that the Panel manifestly distorted the views of Dr. André when it said that he did not contest the statements made by the other Panel experts on the safety of the hormones in dispute.¹¹² To the contrary, according to the European Communities, the views expressed by Dr. André support the scientific opinions presented by the EC scientists.¹¹³ Whether or not the views of Dr. André support the statements made by the other Panel experts or the opinions expressed by the EC scientists may be an issue of fact; it does require some technical expertise to deal with it. However, even if the Panel has interpreted the views of Dr. André incorrectly, we see no reason, and no reason was advanced, to consider this mistake as a *deliberate disregard* or *distortion* of evidence.

140. Third, it is claimed that the Panel manifestly distorted the scientific evidence by considering that the 1995 EC Scientific Conference amounted to a risk assessment in the sense of Articles 5.1-5.2. However, we note that the Panel does not state that the 1995 EC Conference amounted to a risk

¹⁰⁸EC's appellant's submission, para. 350.

¹⁰⁹EC's appellant's submission, para. 347.

¹¹⁰See, in particular, footnote 331 of the US Panel Report and footnote 437 of the Canada Panel Report.

¹¹¹See the statements of Dr. Ritter in paras. 322, 743 and 782, and the statement of Dr. McLean in para. 824, of the Annex to the US and Canada Panel Reports.

¹¹²See footnote 348 of the US Panel Report and footnote 455 of the Canada Panel Report.

¹¹³See, in particular, paras. 6.99 to 6.101 of the US Panel Report and paras. 6.98 to 6.100 of the Canada Panel Report.

assessment. The Panel includes this Conference in the listing of scientific evidence concerning the hormones at issue referred to by the European Communities.¹¹⁴ With regard to the reports mentioned in this list, the Panel states that several of these reports appear to meet the minimum requirements of a risk assessment, referring to the Lamming Report and the 1988 and 1989 JECFA Reports.¹¹⁵ The Panel does not, however, refer to the 1995 EC Conference. The Panel discusses the scientific conclusions to be drawn from the 1995 EC Scientific Conference but this does not amount to designating the Conference as a risk assessment.¹¹⁶

141. Fourth, the European Communities contends that the distinction made by the Panel between studies that generally relate to the hormones in dispute and studies that specifically address residues in food of these hormones when used for growth promotion purposes is a distinction devised by the Panel for the sole purpose of rejecting the relevance of the 1987 IARC Monographs in this case and amounts to a distortion of relevant scientific evidence.¹¹⁷ We note, however, that the Panel did consider the 1987 IARC Monographs but held that they could not be regarded as part of a risk assessment for the hormones at issue because the Monographs do not address the carcinogenic potential of these hormones when used specifically for growth promotion purposes or with respect to residue levels comparable to those present after such use¹¹⁸, or the potential for adverse effects arising from the presence *in food* of residues of the hormones in dispute or from residue levels comparable to those present in food. The Panel's distinction between general and specific studies and its treatment of the 1987 IARC Monographs does not, therefore, appear arbitrary. Furthermore, we note that the Panel concluded, in the alternative, that the Monographs have been taken into account in, and do not contradict, the other studies referred to by the European Communities, in particular the 1988 and 1989 JECFA Reports.¹¹⁹ We believe that the Panel's treatment of the 1987 IARC Monographs does not amount to a distortion of evidence.

142. Fifth, the European Communities submits that the Panel made no attempt whatsoever to discuss "the scientific views and evidence presented by the other EC scientists" and therefore violated Article 11

¹¹⁴US Panel Report, para. 8.108; Canada Panel Report, para 8.111. The 1995 EC Conference Proceedings were submitted by the European Communities itself as annexes to its first submission to the Panel in both the US and Canada proceedings.

¹¹⁵US Panel Report, para. 8.111; Canada Panel Report, para. 8.114.

¹¹⁶US Panel Report, para. 8.123; Canada Panel Report, para. 8.126.

¹¹⁷EC's appellant's submission, para. 368.

¹¹⁸US Panel Report, para. 8.127; Canada Panel Report, para. 8.130.

¹¹⁹US Panel Report, para. 8.129; Canada Panel Report, para. 8.132.

of the DSU.¹²⁰ It is our understanding that the European Communities refers here to the articles and opinions of individual scientists that are included in the Panel's list of scientific evidence referred to by the European Communities.¹²¹ We note that, contrary to what the European Communities claims, the Panel does discuss these articles and opinions of individual scientists. The Panel Report included a summary discussion of these articles and opinions.¹²² However, as the Panel explains, the scientific evidence included in these articles and opinions relates to the carcinogenic or genotoxic potential of entire categories of hormones or the hormones at issue in general; not when used specifically for growth promotion purposes or with respect to residue levels comparable to those present in meat after such use. In our opinion, the Panel's treatment of the articles and opinions of individual scientists, like its treatment of the 1987 IARC Monographs, does not amount to a distortion of evidence.

C. *Evidence with Regard to the Issue of Control*

143. With regard to the issue of control, the European Communities contends that the Panel failed to take into account the evidence submitted by the European Communities¹²³ and ignored statements made by some of its own experts.¹²⁴ We observe that the Panel did indeed not explicitly refer to all the evidence regarding the issue of control before it. The Panel had found that the risks related to the general problems of control should not be taken into account in risk assessment¹²⁵ and accordingly did not refer extensively to the evidence regarding the issue of control. Furthermore, we note that the Panel, subsequently and in the alternative, concluded that even if the issue of control, and the evidence relating to that issue, could be taken into account, the European Communities had not supplied *convincing*

¹²⁰EC's appellant's submission, para. 380.

¹²¹US Panel Report, para. 8.108; Canada Panel Report, para. 8.111.

¹²²US Panel Report, para. 8.130; Canada Panel Report, para. 8.133. The Panel itself refers to some of the articles and opinions in paras. 4.131-4.136 and 4.180 of the US Panel Report, and paras. 4.154-4.166 of the Canada Panel Report.

¹²³The European Communities contends that it submitted convincing specific evidence to the Panel that control would be more difficult under a regime where the hormones in dispute were allowed (under specific conditions of use) than under the current EC regime where the hormones in dispute are banned. It also contends that it submitted clear evidence to the Panel, specifying the risks for human health that the inadequate control of these hormones can pose and that in the United States and Canada there were instances in which the MRL's were not respected. Finally the European Communities submitted evidence relating the practical and technical difficulties that are specific to control of hormones. EC's appellant's submission, paras. 403-433.

¹²⁴EC's appellant's submission, para. 416. The European Communities submits that, for example, Dr. André's reference to misuse in France (see para. 168 of the Annex to the US and Canada Panel Reports) and Dr. McLean's statement on the difficulty of controlling treatment of animals (see para. 474 of the Annex to the US and Canada Panel Reports) were not taken into account by the Panel.

¹²⁵US Panel Report, para. 8.146; Canada Panel Report, para. 8.149.

evidence. The Panel, it appears, excluded that evidence on the *legal ground* of non-relevancy; as will be seen later, the Panel erred in law in holding the evidence non-relevant. Nevertheless, it did examine the evidence.¹²⁶

144. The European Communities also claims that the Panel incorrectly quoted the statements of its experts.¹²⁷ Referring to a number of specific statements¹²⁸, the Panel stated that the experts advising the Panel made clear that the potential for abuse under a regime where the hormones in dispute are allowed under specified conditions and under the current regime where they are banned, would be comparable. The European Communities submits that in the statements referred to by the Panel, the experts either explicitly stated they were speculating or added strong reservations to their opinions. After reading these statements carefully, we come to the conclusion that the Panel did not in fact represent the opinions of its experts accurately. However, this mistake does not amount to the egregious disregarding or distorting of evidence before the Panel.

D. *Evidence on Article 5.5*

145. The European Communities claims that in finding that the difference in its levels of protection in respect of five of the hormones at issue and in respect of carbadox and olaquinox is arbitrary or unjustifiable¹²⁹, the Panel did not take into account the evidence before it.¹³⁰ We note that the Panel considered in detail each of the arguments and related evidence referred to by the European Communities on this particular point.¹³¹ Although the Panel did not agree with the arguments advanced by the European Communities, we do not believe that in doing so, the Panel arbitrarily ignored or manifestly distorted the evidence before it. We deal with these arguments below in some detail.¹³²

¹²⁶US Panel Report, para. 8.146; Canada Panel Report, para. 8.149.

¹²⁷EC's appellant's submission, para. 419.

¹²⁸US Panel Report, footnote 362; Canada Panel Report, footnote 469.

¹²⁹US Panel Report, para. 8.238; Canada Panel Report, para. 8.241.

¹³⁰The European Communities argues that it had advanced six reasons why this distinction is not arbitrary or unjustifiable but the Panel rejected all these reasons, and in doing so, it failed to take into account the evidence before it. The reasons advanced by the European Communities were the following: first, that carbadox and olaquinox are not hormones and have a different mode of action; second, that carbadox and olaquinox act as growth promoters by combating the development of bacteria; third, that carbadox and olaquinox are only available in prepared feedstuffs in predetermined dosages; fourth, that there are no alternatives to carbadox and olaquinox; fifth, that carbadox cannot be abused; and sixth, that carbadox is used in very small quantities and is hardly absorbed. EC's appellant's submission, paras. 529-548.

¹³¹US Panel Report, paras. 8.231-8.238; Canada Panel Report, paras. 8.234-8.240.

¹³²See paras. 227-235 of this Report.

IX. Certain Procedures Adopted by the Panel

A. *The Selection and Use of Experts*

146. The European Communities considers that in its selection and use of experts, the Panel has violated Article 11.2 of the *SPS Agreement* and Articles 11, 13.2 and Appendix 4 of the DSU.¹³³ We note that the Panel decided to request the opinion of experts on certain scientific and other technical matters raised by the parties to the dispute, and rather than establishing an experts review group, the Panel considered it more useful to leave open the possibility of receiving a range of opinions from the experts in their individual capacity. The Panel stresses, among other things, that:

We considered, however, that neither Article 11.2 of the *SPS Agreement* nor Article 13.2 of the DSU limits our right to seek information from *individual* experts as provided for in Article 11.2, first sentence, of the *SPS Agreement* and Articles 13.1 and 13.2, first sentence, of the DSU.¹³⁴

147. We agree with the Panel. Both Article 11.2 of the *SPS Agreement* and Article 13 of the DSU enable panels to seek information and advice as they deem appropriate in a particular case. Article 11.2 of the *SPS Agreement* states:

In a dispute under this Agreement involving scientific or technical issues, a panel should seek advice from experts chosen by the panel in consultation with the parties to the dispute. To this end, the panel may, when it deems it appropriate, establish an advisory technical experts group. (underlining added)

Article 13 of the DSU provides, in relevant part:

1. Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate ...
2. Panels may seek information from any relevant source and may consult experts to obtain their opinion on certain aspects of the matter. With respect to a factual issue concerning a scientific or other technical matter raised by a party to the dispute, a panel *may* request an advisory report in writing from an experts review group ... (underlining added)

¹³³EC's appellant's submission, para. 587.

¹³⁴US Panel Report, para. 8.7; Canada Panel Report, para. 8.7.

We find that in disputes involving scientific or technical issues, neither Article 11.2 of the *SPS Agreement*, nor Article 13 of the DSU prevents panels from consulting with individual experts. Rather, both the *SPS Agreement* and the DSU leave to the sound discretion of a panel the determination of whether the establishment of an expert review group is necessary or appropriate.

148. Both Article 11.2 of the *SPS Agreement* and Article 13.2 of the DSU require panels to consult with the parties to the dispute during the selection of the experts. However, it is not claimed by any of the participants in this appeal that the Panel did not consult with them when appointing the experts. Moreover, it is uncontested that the experts have been selected in accordance with procedures on which all the participants have previously agreed.¹³⁵ It is similarly uncontested that, among the experts consulted by the Panel, there are nationals from each of the parties to the dispute. The rules and procedures set forth in Appendix 4 of the DSU apply in situations in which expert review groups have been established. However, this is not the situation in this particular case. Consequently, once the panel has decided to request the opinion of individual scientific experts, there is no legal obstacle to the panel drawing up, in consultation with the parties to the dispute, *ad hoc* rules for those particular proceedings.

149. We conclude, therefore, that in its selection and use of experts, the Panel has not acted inconsistently with Articles 11, 13.2 and Appendix 4 of the DSU and Article 11.2 of the *SPS Agreement*.

B. *Additional Third Party Rights to the United States and Canada*

150. The European Communities contends that, notwithstanding its protest that these decisions affected its rights of defence, the Panel took a number of decisions granting additional third party rights to Canada and the United States which are not justified by Article 9.3 of the DSU, are inconsistent with Articles 7.1, 7.2, 18.2 and 10.3 thereof, and were not granted to the other third parties.¹³⁶ We recall that the European Communities refers to the following decisions of the Panel: first, to hold a joint meeting with scientific experts; second, to give access to all of the information submitted in the United States' proceeding to Canada; third, to give access to all of the information submitted in the Canadian proceeding to the United States; and fourth, to invite the United States to observe and make a statement at the second substantive meeting in the proceeding initiated by Canada.

¹³⁵US Panel Report, paras. 6.1-6.10; Canada Panel Report, paras. 6.1-6.9.

¹³⁶EC's appellant's submission, paras. 605 and 612.

151. Article 9.3 of the DSU reads as follows:

If more than one panel is established to examine the complaints related to the same matter, to the greatest extent possible the same persons shall serve as panelists on each of the separate panels and the timetable for the panel process in such disputes shall be harmonized.

After examining the procedural course of the two disputes, we consider that four aspects should be underlined. First, both proceedings dealt with the same matter. Second, all the parties to both disputes agreed that the same panelists would serve on both proceedings. Third, although the proceeding initiated by Canada started several months after the proceeding started by the United States, the Panel managed to finish the Panel Reports at the same time. Fourth, given the fact that the same panelists were conducting two proceedings dealing with the same matter, neither Canada nor the United States were ordinary third parties in each other's complaint.

152. With respect to the decision of the Panel to hold a joint meeting with scientific experts, the Panel explains as follows:

Prior to our meeting with scientific experts, we decided to hold that meeting jointly for both this Panel, requested by Canada, and the parallel panel requested by the United States. This decision stemmed from the similarities of the two cases (the same EC measures are at issue and both cases are dealt with by the same panel members), our decision to use the same scientific experts in both cases and the fact that we had already decided to invite Canada and the United States to participate in the meeting with scientific experts in each of the two cases. In addition, we considered that, from a practical perspective, there was a need to avoid repetition of arguments and/or questions at our meetings with the scientific experts. The European Communities objected to this decision arguing that one joint meeting with experts, instead of two separate meetings, was likely to affect its procedural rights of defence. Where it made precise claims of prejudice to its rights of defence, we took corrective action.¹³⁷

We consider the explanation of the Panel quite reasonable, and its decision to hold a joint meeting with the scientific experts consistent with the letter and spirit of Article 9.3 of the DSU. Clearly, it would be an uneconomical use of time and resources to force the Panel to hold two successive but separate meetings gathering the same group of experts twice, expressing their views twice regarding

¹³⁷Canada Panel Report, para. 8.18. See also US Panel Report, para. 8.14.

the same scientific and technical matters related to the same contested EC measures. We do not believe that the Panel has erred by addressing the EC procedural objections only where the European Communities could make a precise claim of prejudice. It is evident to us that a procedural objection raised by a party to a dispute should be sufficiently specific to enable the panel to address it.¹³⁸

153. The decision of the Panel to use and provide all information to the parties in both disputes was taken in view of its previous decision to hold a joint meeting with the experts.¹³⁹ The European Communities asserts that it cannot see how providing information in one of the proceedings to a party in the other helps to harmonize timetables.¹⁴⁰ We can see a relation between timetable harmonization within the meaning of Article 9.3 of the DSU and economy of effort. In disputes where the evaluation of scientific data and opinions plays a significant role, the panel that is established later can benefit from the information gathered in the context of the proceedings of the panel established earlier. Having access to a common pool of information enables the panel and the parties to save time by avoiding duplication of the compilation and analysis of information already presented in the other proceeding.¹⁴¹ Article 3.3 of the DSU recognizes the importance of avoiding unnecessary delays in the dispute settlement process and states that the prompt settlement of a dispute is essential to the effective functioning of the WTO. In this particular case, the Panel tried to avoid unnecessary delays, making an effort to comply with the letter and spirit of Article 9.3 of the DSU. Indeed, as noted earlier, despite the fact that the Canadian proceeding was initiated several months later than that of the United States, the Panel managed to finish both Panel Reports at the same time.

154. Regarding the participation of the United States in the second substantive meeting of the Panel requested by Canada, the Panel states:

This decision was, *inter alia*, based on the fact that our second meeting was held the day after our joint meeting with the scientific experts and that the parties to this dispute would, therefore, most likely comment on, and draw conclusions from, the evidence submitted by these experts to be considered in both cases. Since in the panel requested by the

¹³⁸Furthermore, the DSU, and in particular its Appendix 3, leave panels a margin of discretion to deal, always in accordance with due process, with specific situations that may arise in a particular case and that are not explicitly regulated. Within this context, an appellant requesting the Appellate Body to reverse a panel's ruling on matters of procedure must demonstrate the prejudice generated by such legal ruling.

¹³⁹US Panel Report, para. 8.15; Canada Panel Report, para. 8.19.

¹⁴⁰EC's appellant's submission, para. 610.

¹⁴¹Moreover, in the proceeding initiated by Canada, the European Communities made references to materials that it had previously submitted in the proceeding initiated by the United States. Canada's appellee's submission, para. 216.

United States the second meeting was held before the joint meeting with scientific experts, we considered it appropriate, in order to safeguard the rights of the United States in the proceeding it requested, to grant the United States the opportunity to observe our second meeting in this case and to make a brief statement at the end of that meeting.¹⁴²

The explanation of the Panel appears reasonable to us. If the Panel had not given the United States an opportunity to participate in the second substantive meeting of the proceedings initiated by Canada, the United States would not have had the same degree of opportunity to comment on the views expressed by the scientific experts that the European Communities and Canada enjoyed. Although Article 12.1 and Appendix 3 of the DSU do not specifically require the Panel to grant this opportunity to the United States, we believe that this decision falls within the sound discretion and authority of the Panel, particularly if the Panel considers it necessary for ensuring to all parties due process of law. In this regard, we note that in *European Communities - Bananas*¹⁴³, the panel considered that particular circumstances justified the grant to third parties of rights somewhat broader than those explicitly envisaged in Article 10 and Appendix 3 of the DSU. We conclude that, in the case before us, circumstances justified the Panel's decision to allow the United States to participate in the second substantive meeting of the proceedings initiated by Canada.

C. *The Difference Between Legal Claims and Arguments*

155. Arguing that panels are not entitled to make findings beyond what has been requested by the parties, the European Communities asserts that the Panel has erred by basing the main part of its reasoning on Article 5.5 of the *SPS Agreement* on a claim that the complainants had not made.¹⁴⁴ According to the European Communities, the complainants did not complain of a supposed difference of treatment between artificially added or exogenous natural and synthetic hormones when used for growth promotion purposes compared with the naturally present endogenous hormones in untreated meat and other foods (such as milk, cabbage, broccoli or eggs). The European Communities states that nowhere in the sections of the Panel Reports summarising the arguments on Article 5.5 is there any mention of such an argument.

¹⁴²Canada Panel Report, para. 8.20.

¹⁴³Adopted 25 September 1997, WT/DS27/AB/R.

¹⁴⁴EC's appellant's submission, paras. 495 and 594.

156. Considering that in the request for the establishment of a panel in the proceeding initiated by the United States¹⁴⁵, as well as in the proceeding started by Canada¹⁴⁶, both complainants have included a claim that the EC ban is inconsistent with Article 5 of the *SPS Agreement*, we believe that the objection of the European Communities overlooks the distinction between legal claims made by the complainant and arguments used by that complainant to sustain its legal claims. In *India - Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products* we said:

We stated ... in *Brazil - Desiccated Coconut* that all claims must be included in the request for establishment of a panel in order to come within the panel's terms of reference, based on the practice of panels under the GATT 1947 and the Tokyo Round Codes. That past practice required that a claim had to be included in the documents referred to, or contained in, in the terms of reference in order to form part of the "matter" referred to a panel for consideration. Following both this past practice and the provisions of the DSU, in *European Communities - Bananas*, we observed that there is a significant difference between the *claims* identified in the request for the establishment of a panel, which establish the panel's terms of reference under Article 7 of the DSU, and the *arguments* supporting those claims, which are set out and progressively clarified in the first written submissions, the rebuttal submissions and the first and second panel meetings with the parties as a case proceeds.¹⁴⁷
(footnotes omitted)

Panels are inhibited from addressing legal claims falling outside their terms of reference. However, nothing in the DSU limits the faculty of a panel freely to use arguments submitted by any of the parties -- or to develop its own legal reasoning -- to support its own findings and conclusions on the matter under its consideration. A panel might well be unable to carry out an objective assessment of the matter, as mandated by Article 11 of the DSU, if in its reasoning it had to restrict itself solely to arguments presented by the parties to the dispute. Given that in this particular case both complainants claimed that the EC measures were inconsistent with Article 5.5 of the *SPS Agreement*, we conclude that the Panel did not make any legal finding beyond those requested by the parties.

¹⁴⁵WT/DS26/6, 25 April 1996.

¹⁴⁶WT/DS48/5, 17 September 1996.

¹⁴⁷Adopted 16 January 1998, WT/DS50/AB/R, para. 88.

X. The Interpretation of Articles 3.1 and 3.3 of the SPS Agreement

157. The European Communities appeals from the conclusion of the Panel that the European Communities, by maintaining SPS measures which are not based on existing international standards without justification under Article 3.3 of the *SPS Agreement*, has acted inconsistently with the requirements contained in Article 3.1 of that Agreement.

158. It will be seen below that the Panel is actually saying that the European Communities acted inconsistently with the requirements of both Articles 3.1 and 3.3 of the *SPS Agreement*, a position that flows from the Panel's view of a supposed "general rule - exception" relationship between Articles 3.1 and 3.3, a view we have indicated we do not share.¹⁴⁸

159. The above conclusion of the Panel has three components: first, international standards, guidelines and recommendations exist in respect of meat and meat products derived from cattle to which five of the hormones involved have been administered for growth promotion purposes; secondly, the EC measures involved here are not based on the relevant international standards, guidelines and recommendations developed by Codex, because such measures are not in conformity with those standards, guidelines and recommendations; and thirdly, the EC measures are "not justified under", that is, do not comply with the requirements of Article 3.3. *En route* to its above-mentioned conclusion, the Panel developed three legal interpretations, which have all been appealed by the European Communities and which need to be addressed: the first relates to the meaning of "based on" as used in Article 3.1; the second is concerned with the relationship between Articles 3.1, 3.2 and 3.3 of the *SPS Agreement*; and the third relates to the requirements of Article 3.3 of the *SPS Agreement*. As may be expected, the Panel's three interpretations are intertwined.

A. The Meaning of "Based On" as Used in Article 3.1 of the SPS Agreement

160. Article 3.1 provides:

To harmonize sanitary and phytosanitary measures on as wide a basis as possible, Members shall base their sanitary or phytosanitary measures on international standards, guidelines or recommendations, where they exist, except as otherwise provided for in this Agreement, and in particular in paragraph 3.

¹⁴⁸See paras. 104 and 106 of this Report.

161. Addressing the meaning of "based on", the Panel constructs the following interpretations:

The SPS Agreement does not explicitly define the words *based on* as used in Article 3.1. However, Article 3.2, which introduces a presumption of consistency with both the SPS Agreement and GATT for sanitary measures which *conform to* international standards, equates measures based on international standards with measures which conform to such standards. Article 3.3, in turn, explicitly relates the definition of sanitary measures based on international standards to the level of sanitary protection achieved by these measures. Article 3.3 stipulates the conditions to be met for a Member to enact or maintain certain sanitary measures which are *not* based on international standards. It applies more specifically to measures "which result in a *higher level* of sanitary ... protection than would be achieved by measures based on the relevant international standards" or measures "which result in a *level* of sanitary ... protection *different* from that which would be achieved by measures based on international standards". One of the determining factors in deciding whether a measure is based on an international standard is, therefore, the level of protection that measure achieves. According to Article 3.3 all measures which *are* based on a given international standard should in principle achieve the *same level* of sanitary protection. Therefore, if an international standard reflects a specific level of sanitary protection and a sanitary measure implies a *different level*, that measure cannot be considered to be *based on* the international standard.

We find, therefore, that for a sanitary measure to be based on an international standard in accordance with Article 3.1, that measure needs to reflect the same level of sanitary protection as the standard. In this dispute a comparison thus needs to be made between the level of protection reflected in the EC measures in dispute and that reflected in the Codex standards for each of the five hormones at issue.¹⁴⁹ (underlining added)

162. We read the Panel's interpretation that Article 3.2 "equates" measures "based on" international standards with measures which "conform to" such standards, as signifying that "based on" and "conform to" are identical in meaning. The Panel is thus saying that, henceforth, SPS measures of Members *must* "conform to" Codex standards, guidelines and recommendations.

163. We are unable to accept this interpretation of the Panel. In the first place, the ordinary meaning of "based on" is quite different from the plain or natural import of "conform to". A thing is commonly said to be "based on" another thing when the former "stands" or is "founded" or "built" upon or "is

¹⁴⁹US Panel Report, paras. 8.72 and 8.73; Canada Panel Report, paras. 8.75 and 8.76.

supported by" the latter.¹⁵⁰ In contrast, much more is required before one thing may be regarded as "conform[ing] to" another: the former must "comply with", "yield or show compliance" with the latter. The reference of "conform to" is to "correspondence in form or manner", to "compliance with" or "acquiescence", to "follow[ing] in form or nature".¹⁵¹ A measure that "conforms to" and incorporates a Codex standard is, of course, "based on" that standard. A measure, however, based on the same standard might not conform to that standard, as where only some, not all, of the elements of the standard are incorporated into the measure.

164. In the second place, "based on" and "conform to" are used in different articles, as well as in differing paragraphs of the same article. Thus, Article 2.2 uses "based on", while Article 2.4 employs "conform to". Article 3.1 requires the Members to "base" their SPS measures on international standards; however, Article 3.2 speaks of measures which "conform to" international standards. Article 3.3 once again refers to measures "based on" international standards. The implication arises that the choice and use of different words in different places in the *SPS Agreement* are deliberate, and that the different words are designed to convey different meanings. A treaty interpreter is not entitled to assume that such usage was merely inadvertent on the part of the Members who negotiated and wrote that Agreement.¹⁵² Canada has suggested the use of different terms was "accidental" in this case, but has offered no convincing argument to support its suggestion: We do not believe this suggestion has overturned the inference of deliberate choice.

165. In the third place, the object and purpose of Article 3 run counter to the Panel's interpretation. That purpose, Article 3.1 states, is "[t]o harmonize [SPS] measures on as wide a basis as possible ...". The preamble of the *SPS Agreement* also records that the Members "[d]esir[e] to further the use of harmonized [SPS] measures between Members on the basis of international standards, guidelines and recommendations developed by the relevant international organizations ...". (emphasis added) Article 12.1 created a Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures and gave it the task, *inter alia*, of "furtherance of its objectives, in particular with respect to harmonization" and (in Article 12.2) to "encourage the use of international standards, guidelines and recommendations by all Members". It is clear to us that harmonization of SPS measures of Members on the basis of international standards is projected in the Agreement, as a *goal*, yet to be realized *in the future*. To read Article 3.1 as requiring

¹⁵⁰L. Brown (ed.), *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Clarendon Press), Vol. I, p. 187.

¹⁵¹L. Brown (ed.), *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (Clarendon Press), Vol. I, p. 477.

¹⁵²Appellate Body Report, *United States - Underwear*, adopted 25 February 1997, WT/DS24/AB/R, p. 17.

Members to harmonize their SPS measures *by conforming those measures with international standards, guidelines and recommendations, in the here and now*, is, in effect, to vest such international standards, guidelines and recommendations (which are by the terms of the Codex *recommendatory* in form and nature¹⁵³) with *obligatory* force and effect. The Panel's interpretation of Article 3.1 would, in other words, transform those standards, guidelines and recommendations into binding *norms*. But, as already noted, the *SPS Agreement* itself sets out no indication of any intent on the part of the Members to do so. We cannot lightly assume that sovereign states intended to impose upon themselves the more onerous, rather than the less burdensome, obligation by mandating *conformity* or *compliance with* such standards, guidelines and recommendations.¹⁵⁴ To sustain such an assumption and to warrant such a far-reaching interpretation, treaty language far more specific and compelling than that found in Article 3 of the *SPS Agreement* would be necessary.

166. Accordingly, we disagree with the Panel's interpretation that "based on" means the same thing as "conform to".

167. After having erroneously "equated" measures "based on" an international standard with measures that "conform to" that standard¹⁵⁵, the Panel proceeds to Article 3.3. According to the Panel, Article 3.3 "explicitly relates" the "definition of sanitary measures *based on* international standards to the level of sanitary protection achieved by those measures". The Panel then interprets Article 3.3 as saying that "all measures which are based on a given international standard should *in principle* achieve the

¹⁵³US Panel Report, para. 8.59; Canada Panel Report, para. 8.62.

¹⁵⁴The interpretative principle of *in dubio mitius*, widely recognized in international law as a "supplementary means of interpretation", has been expressed in the following terms:

"The principle of *in dubio mitius* applies in interpreting treaties, in deference to the sovereignty of states. If the meaning of a term is ambiguous, that meaning is to be preferred which is less onerous to the party assuming an obligation, or which interferes less with the territorial and personal supremacy of a party, or involves less general restrictions upon the parties."

R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed., Vol. I (Longman, 1992), p. 1278. The relevant case law includes: *Nuclear Tests Case (Australia v. France)*, (1974), *I.C.J. Reports*, p. 267 (International Court of Justice); *Access of Polish War Vessels to the Port of Danzig* (1931) PCII Rep., Series A/B, No.43, p. 142 (Permanent Court of International Justice); *USA-France Air Transport Services Arbitration* (1963), 38 *International Law Reports* 243 (Arbitral Tribunal); *De Pascale Claim* (1961), 40 *International Law Reports* 250 (Italian - United States Conciliation Commission). See also: I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed. (Clarendon Press, 1990), p. 631; C. Rousseau, *Droit International Public*, Vol. I (1990), p. 273; D. Carreau, *Droit International*, 4th ed. (Editions A. Pedone, 1994), p. 142; M. Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 9th ed., Vol. I (Editorial Tecnos, 1991), pp. 163-164; and B. Conforti, *Diritto Internazionale*, 3rd ed. (Editoriale Scientifica, 1987), pp. 99-100.

¹⁵⁵US Panel Report, para. 8.72; Canada Panel Report, para. 8.75.

same level of sanitary protection", and argues *a contrario* that "if a sanitary measure implies a *different* level (from that reflected in an international standard), that measure cannot be considered to be *based on* the international standard". The Panel concludes that, under Article 3.1, "for a sanitary measure to be *based on* an international standard ..., that *measure* needs to reflect the same level of sanitary protection as the *standard*".¹⁵⁶

168. It appears to us that the Panel reads much more into Article 3.3 than can be reasonably supported by the actual text of Article 3.3. Moreover, the Panel's entire analysis rests on its flawed premise that "based on", as used in Articles 3.1 and 3.3, means the same thing as "conform to" as used in Article 3.2. As already noted, we are compelled to reject this premise as an error in law. The correctness of the rest of the Panel's intricate interpretation and examination of the consequences of the Panel's litmus test, however, have to be left for another day and another case.

B. *Relationship Between Articles 3.1, 3.2 and 3.3 of the SPS Agreement*

169. We turn to the relationship between Articles 3.1, 3.2 and 3.3 of the *SPS Agreement*. As observed earlier, the Panel assimilated Articles 3.1 and 3.2 to one another, designating the product as the "general rule", and contraposed that product to Article 3.3 which denoted the "exception". This view appears to us an erroneous representation of the differing situations that may arise under Article 3, that is, where a relevant international standard, guideline or recommendation exists.

170. Under Article 3.2 of the *SPS Agreement*, a Member may decide to promulgate an SPS measure that conforms to an international standard. Such a measure would embody the international standard completely and, for practical purposes, converts it into a municipal standard. Such a measure enjoys the benefit of a presumption (albeit a rebuttable one) that it is consistent with the relevant provisions of the *SPS Agreement* and of the GATT 1994.

171. Under Article 3.1 of the *SPS Agreement*, a Member may choose to establish an SPS measure that is based on the existing relevant international standard, guideline or recommendation. Such a measure may adopt some, not necessarily all, of the elements of the international standard. The Member

¹⁵⁶US Panel Report, para. 8.73; Canada Panel Report, para. 8.76.

imposing this measure does not benefit from the presumption of consistency set up in Article 3.2; but, as earlier observed, the Member is not penalized by exemption of a complaining Member from the normal burden of showing a *prima facie* case of inconsistency with Article 3.1 or any other relevant article of the *SPS Agreement* or of the GATT 1994.

172. Under Article 3.3 of the *SPS Agreement*, a Member may decide to set for itself a level of protection different from that implicit in the international standard, and to implement or embody that level of protection in a measure not "based on" the international standard. The Member's appropriate level of protection may be higher than that implied in the international standard. The right of a Member to determine its own appropriate level of sanitary protection is an important right. This is made clear in the sixth preambular paragraph of the *SPS Agreement*:

Members,

Desiring to further the use of harmonized sanitary and phytosanitary measures between Members, on the basis of international standards, guidelines and recommendations developed by the relevant international organizations, including the Codex Alimentarius Commission, the International Office of Epizootics, and the relevant international and regional organizations operating within the framework of the International Plant Protection Convention, without requiring Members to change their appropriate level of protection of human, animal or plant life or health; (underlining added)

As noted earlier, this right of a Member to establish its own level of sanitary protection under Article 3.3 of the *SPS Agreement* is an autonomous right and *not* an "exception" from a "general obligation" under Article 3.1.

C. *The Requirements of Article 3.3 of the SPS Agreement*

173. The right of a Member to define its appropriate level of protection is not, however, an absolute or unqualified right. Article 3.3 also makes this clear:

Members may introduce or maintain sanitary or phytosanitary measures which result in a higher level of sanitary or phytosanitary protection than would be achieved by measures based on the relevant international standards, guidelines or recommendations, if there is a scientific justification, or as a consequence of the level of sanitary or

phytosanitary protection a Member determines to be appropriate in accordance with the relevant provisions of paragraphs 1 through 8 of Article 5.² Notwithstanding the above, all measures which result in a level of sanitary or phytosanitary protection different from that which would be achieved by measures based on international standards, guidelines or recommendations shall not be inconsistent with any other provision of this Agreement.

²For the purposes of paragraph 3 of Article 3, there is a scientific justification if, on the basis of an examination and evaluation of available scientific information in conformity with the relevant provisions of this Agreement, a Member determines that the relevant international standards, guidelines or recommendations are not sufficient to achieve its appropriate level of sanitary or phytosanitary protection.

174. The European Communities argues that there are two situations covered by Article 3.3 and that its SPS measures are within the first of these situations.¹⁵⁷ It is claimed that the European Communities has maintained SPS measures "which result in a higher level of ... protection than would be achieved by measures based on the relevant" Codex standard, guideline or recommendation, for which measures "there is a scientific justification".¹⁵⁸ It is also, accordingly, argued that the requirement of a risk assessment under Article 5.1 does not apply to the European Communities. At the same time, it is emphasized that the EC measures have satisfied the requirements of Article 2.2.¹⁵⁹

175. Article 3.3 is evidently not a model of clarity in drafting and communication. The use of the disjunctive "or" does indicate that two situations are intended to be covered. These are the introduction or maintenance of SPS measures which result in a higher level of protection:

- (a) "if there is a scientific justification"; or
- (b) "as a consequence of the level of ... protection a Member determines to be appropriate in accordance with the relevant provisions of paragraphs 1 through 8 of Article 5".

It is true that situation (a) does not speak of Articles 5.1 through 5.8. Nevertheless, two points need to be noted. First, the last sentence of Article 3.3 requires that "all measures which result in a [higher] level of ... protection", that is to say, measures falling within situation (a) as well as those falling within situation (b), be "not inconsistent with any other provision of [the SPS]

¹⁵⁷EC's appellant's submission, paras. 240-244.

¹⁵⁸SPS Agreement, Article 3.3.

¹⁵⁹EC's appellee's submission, para. 88.

Agreement". "Any other provision of this Agreement" textually includes Article 5. Secondly, the footnote to Article 3.3, while attached to the end of the first sentence, defines "scientific justification" as an "examination and evaluation of available scientific information in conformity with relevant provisions of this Agreement ...". This examination and evaluation would appear to partake of the nature of the risk assessment required in Article 5.1 and defined in paragraph 4 of Annex A of the *SPS Agreement*.

176. On balance, we agree with the Panel's finding that although the European Communities has established for itself a level of protection higher, or more exacting, than the level of protection implied in the relevant Codex standards, guidelines or recommendations, the European Communities was bound to comply with the requirements established in Article 5.1. We are not unaware that this finding tends to suggest that the distinction made in Article 3.3 between two situations may have very limited effects and may, to that extent, be more apparent than real. Its involved and layered language actually leaves us with no choice.

177. Consideration of the object and purpose of Article 3 and of the *SPS Agreement* as a whole reinforces our belief that compliance with Article 5.1 was intended as a countervailing factor in respect of the right of Members to set their appropriate level of protection. In generalized terms, the object and purpose of Article 3 is to promote the harmonization of the SPS measures of Members on as wide a basis as possible, while recognizing and safeguarding, at the same time, the right and duty of Members to protect the life and health of their people. The ultimate goal of the harmonization of SPS measures is to prevent the use of such measures for arbitrary or unjustifiable discrimination between Members or as a disguised restriction on international trade, without preventing Members from adopting or enforcing measures which are both "necessary to protect" human life or health and "based on scientific principles", and without requiring them to change their appropriate level of protection. The requirements of a risk assessment under Article 5.1, as well as of "sufficient scientific evidence" under Article 2.2, are essential for the maintenance of the delicate and carefully negotiated balance in the *SPS Agreement* between the shared, but sometimes competing, interests of promoting international trade and of protecting the life and health of human beings. We conclude that the Panel's finding that the European Communities is required by Article 3.3 to comply with the requirements of Article 5.1 is correct and, accordingly, dismiss the appeal of the European Communities from that ruling of the Panel.

XI. The Reading of Articles 5.1 and 5.2 of the *SPS Agreement*: Basing SPS Measures on a Risk Assessment

178. We turn to the appeal of European Communities from the Panel's conclusion that, by maintaining SPS measures which are not based on a risk assessment, the European Communities acted inconsistently with the requirements contained in Article 5.1 of the *SPS Agreement*.

179. Article 5.1 of the *SPS Agreement* provides:

Members shall ensure that their sanitary or phytosanitary measures are based on an assessment, as appropriate to the circumstances, of the risks to human, animal or plant life or health, taking into account risk assessment techniques developed by the relevant international organizations. (underlining added)

A. *The Interpretation of "Risk Assessment"*

180. At the outset, two preliminary considerations need to be brought out. The first is that the Panel considered that Article 5.1 may be viewed as a specific application of the basic obligations contained in Article 2.2 of the *SPS Agreement*¹⁶⁰, which reads as follows:

Members shall ensure that any sanitary or phytosanitary measure is applied only to the extent necessary to protect human, animal or plant life or health, is based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence, except as provided for in paragraph 7 of Article 5. (underlining added)

We agree with this general consideration and would also stress that Articles 2.2 and 5.1 should constantly be read together. Article 2.2 informs Article 5.1: the elements that define the basic obligation set out in Article 2.2 impart meaning to Article 5.1.

181. The second preliminary consideration relates to the Panel's effort to distinguish between "risk assessment" and "risk management". The Panel observed that an assessment of risk is, at least with respect to risks to human life and health, a "scientific" examination of data and factual studies; it is

¹⁶⁰US Panel Report, para. 8.93; Canada Panel Report, para. 8.96.

not, in the view of the Panel, a "policy" exercise involving social value judgments made by political bodies.¹⁶¹ The Panel describes the latter as "non-scientific" and as pertaining to "risk management" rather than to "risk assessment".¹⁶² We must stress, in this connection, that Article 5 and Annex A of the *SPS Agreement* speak of "risk assessment" only and that the term "risk management" is not to be found either in Article 5 or in any other provision of the *SPS Agreement*. Thus, the Panel's distinction, which it apparently employs to achieve or support what appears to be a restrictive notion of risk assessment, has no textual basis. The fundamental rule of treaty interpretation requires a treaty interpreter to read and interpret the words actually used by the agreement under examination, and not words which the interpreter may feel should have been used.

1. Risk Assessment and the Notion of "Risk"

182. Paragraph 4 of Annex A of the *SPS Agreement* sets out the treaty definition of risk assessment: This definition, to the extent pertinent to the present appeal, speaks of:

... the evaluation of the potential for adverse effects on human or animal health arising from the presence of additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in food, beverages or feedstuffs.
(underlining added)

183. Interpreting the above definition, the Panel elaborates risk assessment as a two-step process that "should (i) *identify the adverse effects* on human health (if any) arising from the presence of the hormones at issue when used as growth promoters *in meat* ..., and (ii) if any such adverse effects exist, *evaluate the potential* or probability of occurrence of such effects".¹⁶³

184. The European Communities appeals from the above interpretation as involving an erroneous notion of risk and risk assessment. Although the utility of a two-step analysis may be debated, it does not appear to us to be substantially wrong. What needs to be pointed out at this stage is that the Panel's use of "probability" as an alternative term for "potential" creates a significant concern. The ordinary

¹⁶¹US Panel Report, para. 8.94; Canada Panel Report, para. 8.97.

¹⁶²US Panel Report, para. 8.95; Canada Panel Report, para. 8.98.

¹⁶³US Panel Report, para. 8.98; Canada Panel Report, para. 8.101.

meaning of "potential" relates to "possibility" and is different from the ordinary meaning of "probability".¹⁶⁴ "Probability" implies a higher degree or a threshold of potentiality or possibility. It thus appears that here the Panel introduces a quantitative dimension to the notion of risk.

185. In its discussion on a statement made by Dr. Lucier at the joint meeting with the experts in February 1997¹⁶⁵, the Panel states the risk referred to by this expert is an estimate which "... only represents a statistical range of 0 to 1 in a million, not a scientifically identified risk".¹⁶⁶ The European Communities protests vigorously that, by doing so, the Panel is in effect requiring a Member carrying out a risk assessment to quantify the potential for adverse effects on human health.¹⁶⁷

186. It is not clear in what sense the Panel uses the term "scientifically identified risk". The Panel also frequently uses the term "identifiable risk"¹⁶⁸, and does not define this term either. The Panel might arguably have used the terms "scientifically identified risk" and "identifiable risk" simply to refer to an ascertainable risk: if a risk is not ascertainable, how does a Member ever know or demonstrate that it exists? In one part of its Reports, the Panel opposes a requirement of an "identifiable risk" to the uncertainty that theoretically always remains since science can *never* provide *absolute* certainty that a given substance will not *ever* have adverse health effects.¹⁶⁹ We agree with the Panel that this theoretical uncertainty is not the kind of risk which, under Article 5.1, is to be assessed. In another part of its Reports, however, the Panel appeared to be using the term "scientifically identified risk" to prescribe implicitly that a certain *magnitude* or threshold level of risk be demonstrated in a risk assessment if an SPS measure based thereon is to be regarded as consistent with Article 5.1.¹⁷⁰ To the extent that the Panel purported to require a risk assessment to establish a minimum magnitude of risk, we must note that imposition of such a quantitative requirement finds no basis in the *SPS Agreement*. A panel is authorized only to determine whether a given SPS measure is "based on"

¹⁶⁴The dictionary meaning of "potential" is "that which is possible as opposed to actual; a possibility"; L. Brown (ed.), *The New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, Vol. 2, p. 2310 (Clarendon Press, 1993). In contrast, "probability" refers to "degrees of likelihood; the appearance of truth, or likelihood of being realized", and "a thing judged likely to be true, to exist, or to happen"; *Id.*, p. 2362.

¹⁶⁵Para. 819 of the Annex to the US and Canada Panel Reports.

¹⁶⁶US Panel Report, footnote 331; Canada Panel Report, footnote 437.

¹⁶⁷EC's appellant's submission, paras. 392-397.

¹⁶⁸US Panel Report, paras. 8.124, 8.134, 8.136, 8.151, 8.153, 8.161, 8.162; Canada Panel Report, paras. 8.127, 8.137, 8.139, 8.154, 8.156, 8.164, 8.165.

¹⁶⁹US Panel Report, paras. 8.152-8.153; Canada Panel Report, paras. 8.155-8.156

¹⁷⁰US Panel Report, footnote 331; Canada Panel Report, footnote 437.

a risk assessment. As will be elaborated below, this means that a panel has to determine whether an SPS measure is sufficiently supported or reasonably warranted by the risk assessment.

2. Factors to be Considered in Carrying Out a Risk Assessment

187. Article 5.2 of the *SPS Agreement* provides an indication of the factors that should be taken into account in the assessment of risk. Article 5.2 states that:

In the assessment of risks, Members shall take into account available scientific evidence; relevant processes and production methods; relevant inspection, sampling and testing methods; prevalence of specific diseases or pests; existence of pest- or disease-free areas; relevant ecological and environmental conditions; and quarantine or other treatment.

The listing in Article 5.2 begins with "available scientific evidence"; this, however, is only the beginning. We note in this connection that the Panel states that, for purposes of the EC measures in dispute, a risk assessment required by Article 5.1 is "a *scientific* process aimed at establishing the *scientific* basis for the sanitary measure a Member intends to take".¹⁷¹ To the extent that the Panel intended to refer to a process characterized by systematic, disciplined and objective enquiry and analysis, that is, a mode of studying and sorting out facts and opinions, the Panel's statement is unexceptionable.¹⁷² However, to the extent that the Panel purports to exclude from the scope of a risk assessment in the sense of Article 5.1, all matters not susceptible of quantitative analysis by the empirical or experimental laboratory methods commonly associated with the physical sciences, we believe that the Panel is in error. Some of the kinds of factors listed in Article 5.2 such as "relevant processes and production methods" and "relevant inspection, sampling and testing methods" are not necessarily or wholly susceptible of investigation according to laboratory methods of, for example, biochemistry or pharmacology. Furthermore, there is nothing to indicate that the listing of factors that may be taken into account in a risk assessment of Article 5.2 was intended to be a closed list. It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Article 5.1 is not only risk

¹⁷¹US Panel Report, para. 8.107; Canada Panel Report, para. 8.110.

¹⁷²The ordinary meaning of 'scientific', as provided by dictionary definitions, includes 'of, relating to, or used in science', 'broadly, having or appearing to have an exact, objective, factual, systematic or methodological basis', 'of, relating to, or exhibiting the methods or principles of science' and 'of, pertaining to, using, or based on the methodology of science'. Dictionary definitions of 'science' include 'the observation, identification, description, experimental investigation, and theoretical explanation of natural phenomena', 'any methodological activity, discipline, or study', and 'knowledge attained through study or practice'. (footnotes omitted) *United States' Statement of Administrative Action, Uruguay Round Agreements Act, 203d Congress, 2d Session, House Document 103-316, Vol. 1, 27 September 1994, p. 90.*

ascertainable in a science laboratory operating under strictly controlled conditions, but also risk in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on human health in the real world where people live and work and die.

B. *The Interpretation of "Based On"*

1. A "Minimum Procedural Requirement" in Article 5.1?

188. Although it expressly recognizes that Article 5.1 does *not* contain any specific procedural requirements for a Member to base its sanitary measures on a risk assessment, the Panel nevertheless proceeds to declare that "there is a minimum procedural requirement contained in Article 5.1". That requirement is that "the Member imposing a sanitary measure needs to submit evidence that at least it actually *took into account* a risk assessment when it enacted or maintained its sanitary measure in order for that measure to be considered as *based on* a risk assessment".¹⁷³ The Panel goes on to state that the European Communities did not provide any evidence that the studies it referred to or the scientific conclusions reached therein "*have actually been taken into account by the competent EC institutions either when it enacted those measures (in 1981 and 1988) or at any later point in time*".¹⁷⁴ (emphasis added) Thereupon, the Panel holds that such studies could not be considered as part of a risk assessment on which the European Communities based its measures in dispute. Concluding that the European Communities had not met its burden of proving that it had satisfied the "minimum procedural requirement" it had found in Article 5.1, the Panel holds the EC measures as inconsistent with the requirements of Article 5.1.

189. We are bound to note that, as the Panel itself acknowledges, no textual basis exists in Article 5 of the *SPS Agreement* for such a "minimum procedural requirement". The term "based on", when applied as a "minimum procedural requirement" by the Panel, may be seen to refer to a human action, such as particular human individuals "taking into account" a document described as a risk assessment. Thus, "take into account" is apparently used by the Panel to refer to some subjectivity which, at some time, may be present in particular individuals but that, in the end, may be totally rejected by those individuals. We believe that "based on" is appropriately taken to refer to a certain *objective relationship* between two elements, that is to say, to an *objective situation* that persists and is observable between

¹⁷³US Panel Report, para. 8.113; Canada Panel Report, para. 8.116.

¹⁷⁴US Panel Report, para. 8.114; Canada Panel Report, para. 8.117.

an SPS measure and a risk assessment. Such a reference is certainly embraced in the ordinary meaning of the words "based on" and, when considered in context and in the light of the object and purpose of Article 5.1 of the *SPS Agreement*, may be seen to be more appropriate than "taking into account". We do not share the Panel's interpretative construction and believe it is unnecessary and an error of law as well.

190. Article 5.1 does not insist that a Member that adopts a sanitary measure shall have carried out its own risk assessment. It only requires that the SPS measures be "based on an assessment, as appropriate for the circumstances ...". The SPS measure might well find its objective justification in a risk assessment carried out by another Member, or an international organization. The "minimum procedural requirement" constructed by the Panel, could well lead to the elimination or disregard of available scientific evidence that rationally supports the SPS measure being examined. This risk of exclusion of available scientific evidence may be particularly significant for the bulk of SPS measures which were put in place before the effective date of the *WTO Agreement* and that have been simply maintained thereafter.

191. In the course of demanding evidence that EC authorities actually "took into account" certain scientific studies, the Panel refers to the preambles of the EC Directives here involved. The Panel notes that such preambles did not mention any of the scientific studies referred to by the European Communities in the panel proceedings. Preambles of legislative or quasi-legislative acts and administrative regulations commonly fulfil requirements of the internal legal orders of WTO Members. Such preambles are certainly not required by the *SPS Agreement*; they are not normally used to demonstrate that a Member has complied with its obligations under international agreements. The absence of any mention of scientific studies in the preliminary sections of the EC Directives does not, therefore, prove anything so far as the present case is concerned.

2. Substantive Requirement of Article 5.1 - Rational Relationship Between an SPS Measure and a Risk Assessment

192. Having posited a "minimum procedural requirement" of Article 5.1, the Panel turns to the "substantive requirements" of Article 5.1 to determine whether the EC measures at issue are "based on" a risk assessment. In the Panel's view, those "substantive requirements" involve two kinds of operations: first, identifying the scientific conclusions reached in the risk assessment and the scientific conclusions implicit in the SPS measures; and secondly, examining those scientific conclusions to

determine whether or not one set of conclusions matches, i.e. conforms with, the second set of conclusions.¹⁷⁵ Applying the "substantive requirements" it finds in Article 5.1, the Panel holds that the scientific conclusions implicit in the EC measures do not conform with any of the scientific conclusions reached in the scientific studies the European Communities had submitted as evidence.¹⁷⁶

193. We consider that, in principle, the Panel's approach of examining the scientific conclusions implicit in the SPS measure under consideration and the scientific conclusion yielded by a risk assessment is a useful approach. The relationship between those two sets of conclusions is certainly relevant; they cannot, however, be assigned relevance to the exclusion of everything else. We believe that Article 5.1, when contextually read as it should be, in conjunction with and as informed by Article 2.2 of the *SPS Agreement*, requires that the results of the risk assessment must sufficiently warrant -- that is to say, reasonably support -- the SPS measure at stake. The requirement that an SPS measure be "based on" a risk assessment is a substantive requirement that there be a rational relationship between the measure and the risk assessment.

194. We do not believe that a risk assessment has to come to a monolithic conclusion that coincides with the scientific conclusion or view implicit in the SPS measure. The risk assessment could set out both the prevailing view representing the "mainstream" of scientific opinion, as well as the opinions of scientists taking a divergent view. Article 5.1 does not require that the risk assessment must necessarily embody only the view of a majority of the relevant scientific community. In some cases, the very existence of divergent views presented by qualified scientists who have investigated the particular issue at hand may indicate a state of scientific uncertainty. Sometimes the divergence may indicate a roughly equal balance of scientific opinion, which may itself be a form of scientific uncertainty. In most cases, responsible and representative governments tend to base their legislative and administrative measures on "mainstream" scientific opinion. In other cases, equally responsible and representative governments may act in good faith on the basis of what, at a given time, may be a divergent opinion coming from qualified and respected sources. By itself, this does not necessarily signal the absence of a reasonable relationship between the SPS measure and the risk assessment, especially where the risk involved is life-threatening in character and is perceived to constitute a clear and imminent threat to public health and safety. Determination of the presence or absence of that relationship can only

¹⁷⁵US Panel Report, para. 8.117; Canada Panel Report, para. 8.120.

¹⁷⁶US Panel Report, para. 8.137; Canada Panel Report, para. 8.140.

be done on a case-to-case basis, after account is taken of all considerations rationally bearing upon the issue of potential adverse health effects.

195. We turn now to the application by the Panel of the substantive requirements of Article 5.1 to the EC measures at stake in the present case. The Panel lists the following scientific material to which the European Communities referred in respect of the hormones here involved (except MGA):

- the 1982 Report of the EC Scientific Veterinary Committee, Scientific Committee for Animal Nutrition and the Scientific Committee for Food on the basis of the Report of the Scientific Group on Anabolic Agents in Animal Production ("Lamming Report");
- the 1983 Symposium on Anabolics in Animal Production of the *Office international des epizooties* ("OIE") ("1983 OIE Symposium");
- the 1987 Monographs of the International Agency for Research on Cancer ("IARC") on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans, Supplement 7 ("1987 IARC Monographs");
- the 1988 and 1989 JECFA Reports;
- the 1995 European Communities Scientific Conference on Growth Promotion in Meat Production ("1995 EC Scientific Conference");
- articles and opinions by individual scientists relevant to the use of hormones (three articles in the journal *Science*, one article in the *International Journal of Health Service*, one report in *The Veterinary Record* and separate scientific opinions of Dr. H. Adlercreutz, Dr. E. Cavalieri, Dr. S.S. Epstein, Dr. J.G. Liehr, Dr. M. Metzler, Dr. Perez-Comas and Dr. A. Pinter, all of whom were part of the EC delegation at [the joint meeting with experts]).¹⁷⁷

196. Several of the above scientific reports appeared to the Panel to meet the minimum requirements of a risk assessment, in particular, the Lamming Report and the 1988 and 1989 JECFA Reports. The Panel assumes accordingly that the European Communities had demonstrated the existence of a risk assessment carried out in accordance with Article 5 of the *SPS Agreement*.¹⁷⁸ At the same time, the

¹⁷⁷US Panel Report, para. 8.108; Canada Panel Report, para. 8.111.

¹⁷⁸US Panel Report, para. 8.111; Canada Panel Report, para. 8.114.

Panel finds that the conclusion of these scientific reports is that the use of the hormones at issue (except MGA) for growth promotion purposes is "safe". The Panel states:

... none of the scientific evidence referred to by the European Communities which specifically addresses the safety of some or all of the hormones in dispute when used for growth promotion, indicates that an identifiable risk arises for human health from such use of these hormones if good practice is followed. All of the scientific studies outlined above came to the conclusion that the use of the hormones at issue (all but MGA, for which no evidence was submitted) for growth promotion purposes is safe; most of these studies adding that this conclusion assumes that good practice is followed.¹⁷⁹

197. Prescinding from the difficulty raised by the Panel's use of the term "identifiable risk", we agree that the scientific reports listed above do not rationally support the EC import prohibition.¹⁸⁰

198. With regard to the scientific opinion expressed by Dr. Lucier at the joint meeting with the experts, and as set out in paragraph 819 of the Annex to the US and Canada Panel Reports¹⁸¹, we should note that this opinion by Dr. Lucier does not purport to be the result of scientific studies carried out by him or under his supervision focusing specifically on residues of hormones in meat from cattle fattened with such hormones.¹⁸² Accordingly, it appears that the single divergent opinion expressed by Dr. Lucier

¹⁷⁹US Panel Report, para. 8.124; Canada Panel Report, para. 8.127.

¹⁸⁰In paras. 97-109 of this Report, we conclude that the Panel mistakenly required that the European Communities take on the burden of proof that its measures related to the hormones involved here, except MGA, are based on a risk assessment. We determine that the United States and Canada have to make a *prima facie* case that these measures are *not* based on a risk assessment. However, after careful consideration of the panel record, we are satisfied that the United States and Canada, although not required to do so by the Panel, did, in fact, make this *prima facie* case that the SPS measures related to the hormones involved here, except MGA, are not based on a risk assessment.

¹⁸¹This paragraph reads in relevant part:

For every million women alive in the United States, Canada, Europe today, about a 110,000 of those women will get breast cancer. This is obviously a tremendous public health issue. Of those 110,000 women get breast cancer, maybe several thousand of them are related to the total intake of exogenous oestrogens from every source, including eggs, meat, phyto-oestrogens, fungal oestrogens, the whole body burden of exogenous oestrogens. And by my estimates one of those 110,000 would come from eating meat containing oestrogens as a growth promoter, if used as prescribed.

¹⁸²Assuming that Dr. Lucier's estimate is realistic, it is noteworthy that there could be up to 371 persons who, under the conditions identified by Dr. Lucier, would get cancer in the Member States of the European Union. The total population of the Member States of the European Union in 1995 was 371 million.

is not reasonably sufficient to overturn the contrary conclusions reached in the scientific studies referred to by the European Communities that related specifically to residues of the hormones in meat from cattle to which hormones had been administered for growth promotion.

199. The European Communities laid particular emphasis on the 1987 IARC Monographs and the articles and opinions of individual scientists referred to above.¹⁸³ The Panel notes, however, that the scientific evidence set out in these Monographs and these articles and opinions relates to the carcinogenic potential of entire *categories* of hormones, or of the hormones at issue *in general*. The Monographs and the articles and opinions are, in other words, in the nature of general studies of or statements on the carcinogenic potential of the named hormones. The Monographs and the articles and opinions of individual scientists have not evaluated the carcinogenic potential of those hormones when used specifically *for growth promotion purposes*. Moreover, they do not evaluate the specific potential for carcinogenic effects arising from the presence *in "food"*, more specifically, "meat or meat products" of residues of the hormones in dispute. The Panel also notes that, according to the scientific experts advising the Panel, the data and studies set out in these 1987 Monographs have been taken into account in the 1988 and 1989 JECFA Reports and that the conclusions reached by the 1987 IARC Monographs are complementary to, rather than contradictory of, the conclusions of the JECFA Reports.¹⁸⁴ The Panel concludes that these Monographs and these articles and opinions are insufficient to support the EC measures at issue in this case.

200. We believe that the above findings of the Panel are justified. The 1987 IARC Monographs and the articles and opinions of individual scientists submitted by the European Communities constitute general studies which do indeed show the existence of a general risk of cancer; but they do not focus on and do not address the particular kind of risk here at stake - the carcinogenic or genotoxic potential of the residues of those hormones found in meat derived from cattle to which the hormones had been administered for growth promotion purposes -- as is required by paragraph 4 of Annex A of the *SPS Agreement*. Those general studies, are in other words, relevant but do not appear to be sufficiently specific to the case at hand.

¹⁸³Para. 195 of this Report.

¹⁸⁴US Panel Report, para. 8.129; Canada Panel Report, para. 8.132.

201. With regard to risk assessment concerning MGA, the European Communities referred to the 1987 IARC Monographs. These Monographs deal with, *inter alia*, the category of progestins of which the hormone progesterone is a member. The European Communities argues that because MGA is an anabolic agent which mimics the action of progesterone, the scientific studies and experiments relied on by the 1987 IARC Monographs were highly relevant.¹⁸⁵ However, the Monographs and the articles and opinions of the individual scientists did not include any study that demonstrated how closely related MGA is chemically and pharmacologically to other progestins and what effects MGA residues would actually have on human beings when such residues are ingested along with meat from cattle to which MGA has been administered for growth promotion purposes. It must be recalled in this connection that none of the other scientific material submitted by the European Communities referred to MGA, and that no international standard, guideline or recommendation has been developed by Codex relating specifically to MGA. The United States and Canada declined to submit any assessment of MGA upon the ground that the material they were aware of was proprietary and confidential in nature. In other words, there was an almost complete absence of evidence on MGA in the panel proceedings. We therefore uphold the Panel's finding that there was no risk assessment with regard to MGA.

202. The evidence referred to above by the European Communities related to the biochemical risk arising from the ingestion by human beings of residues of the five hormones here involved in treated meat, where such hormones had been administered to the cattle in accordance with good veterinary practice.¹⁸⁶ The European Communities also referred to distinguishable but closely related risks - risks arising from failure to observe the requirements of good veterinary practice, in combination with multiple problems relating to detection and control of such abusive failure, in the administration of hormones to cattle for growth promotion.

203. The Panel considers this type of risk and examines the arguments made by the European Communities but finds no assessment of such kind of risk. Ultimately, the Panel rejects those arguments

¹⁸⁵EC's appellant's submission, para. 179 *ff.*

¹⁸⁶Although the term used in the Codex Standards for the three natural hormones is *good animal husbandry practice* (Section I, MRLs, *Codex Alimentarius*, Vol. 3, pp. 7, 12 and 14), the Glossary of Terms and Definitions of the *Codex Alimentarius* does not contain this term. Instead, it defines the concept:

"Good Practice in the Use of Veterinary Drugs (GPVD): Is the official recommended or authorized usage including withdrawal periods, approved by national authorities, of veterinary drugs under practical conditions".

We will therefore use the term *good veterinary practice* as a shorthand expression of the concept defined in the *Codex Alimentarius*.

principally on *a priori* grounds. First, to the Panel, the provisions of Article 5.2 relating to "relevant inspection, sampling and testing methods":

... do not seem to cover the general problem of control (such as the problem of ensuring the observance of good practice) which can exist for any substance. The risks related to the general problem of control do not seem to be specific to the substance at issue but to the economic or social incidence related to a substance or its particular use (such as economic incentives for abuse). These non-scientific factors should, therefore not be taken into account in a risk assessment but in *risk management*.¹⁸⁷ (underlining added)

Moreover, the Panel finds that, assuming these factors could be taken into account in a risk assessment, the European Communities has not provided convincing evidence that the control or prevention of abuse of the hormones here involved is more difficult than the control of other veterinary drugs, the use of which is allowed in the European Communities. Further, the European Communities has not provided evidence that control would be more difficult under a regime where the use of the hormones in dispute is allowed under specific conditions than under the current EC regime of total prohibition both domestically and in respect of imported meat. The Panel concludes by saying that banning the use of a substance does not necessarily offer better protection of human health than other means of regulating its use.¹⁸⁸

204. The European Communities appeals from these findings of the Panel principally on two grounds: firstly, that the Panel has misinterpreted Article 5.2 of the *SPS Agreement*; secondly, that the Panel has disregarded and distorted the evidence submitted by the European Communities.¹⁸⁹

205. In respect of the first ground, we agree with the European Communities that the Panel has indeed misconceived the scope of application of Article 5.2. It should be recalled that Article 5.2 states that in the assessment of risks, Members shall take into account, in addition to "available scientific evidence", "relevant processes and production methods; [and] relevant inspection, sampling and testing methods". We note also that Article 8 requires Members to "observe the provisions of Annex C in the operation of control, inspection and approval procedures ...". The footnote in Annex C states that "control, inspection and approval procedures include, *inter alia*, procedures for sampling, testing and

¹⁸⁷US Panel Report, para. 8.146; Canada Panel Report, para. 8.149.

¹⁸⁸US Panel Report, para. 8.146; Canada Panel Report, para. 8.149.

¹⁸⁹EC's appellant's submission, para. 399 and 401.

certification". We consider that this language is amply sufficient to authorize the taking into account of risks arising from failure to comply with the requirements of good veterinary practice in the administration of hormones for growth promotion purposes, as well as risks arising from difficulties of control, inspection and enforcement of the requirements of good veterinary practice.

206. Most, if not all, of the scientific studies referred to by the European Communities, in respect of the five hormones involved here, concluded that their use for growth promotion purposes is "safe"¹⁹⁰, if the hormones are administered in accordance with the requirements of good veterinary practice. Where the condition of observance of good veterinary practice (which is much the same condition attached to the standards, guidelines and recommendations of Codex with respect to the use of the five hormones for growth promotion) is *not* followed, the logical inference is that the use of such hormones for growth promotion purposes may or may not be "safe".¹⁹¹ The *SPS Agreement* requires assessment of the potential for adverse effects on human health arising from the presence of contaminants and toxins in food. We consider that the object and purpose of the *SPS Agreement* justify the examination and evaluation of all such risks for human health whatever their precise and immediate origin may be. We do not mean to suggest that risks arising from potential abuse in the administration of controlled substances and from control problems need to be, or should be, evaluated by risk assessors in each and every case. When and if risks of these types do in fact arise, risk assessors may examine and evaluate them. Clearly, the necessity or propriety of examination and evaluation of such risks would have to be addressed on a case-by-case basis. What, in our view, is a fundamental legal error is to exclude, on an *a priori* basis, any such risks from the scope of application of Articles 5.1 and 5.2. We disagree with the Panel's suggestion that exclusion of risks resulting from the combination of potential abuse and difficulties of control is justified by distinguishing between "risk assessment" and "risk management". As earlier noted, the concept of "risk management" is not mentioned in any provision of the *SPS Agreement* and, as such, cannot be used to sustain a more restrictive interpretation of "risk assessment" than is justified by the actual terms of Article 5.2, Article 8 and Annex C of the *SPS Agreement*.

207. The question that arises, therefore, is whether the European Communities did, in fact, submit a risk assessment demonstrating and evaluating the existence and level of risk arising in the present

¹⁹⁰US Panel Report, para. 8.124; Canada Panel Report, para. 8.127.

¹⁹¹This point was clearly brought out during the oral hearing and both the United States and Canada expressed agreement with this inference. See footnote 186 of this Report concerning the usage of the terms "good veterinary practice" and "good animal husbandry practice".

case from abusive use of hormones and the difficulties of control of the administration of hormones for growth promotion purposes, within the United States and Canada as exporting countries, and at the frontiers of the European Communities as an importing country. Here, we must agree with the finding of the Panel that the European Communities in fact restricted itself to pointing out the condition of administration of hormones "in accordance with good practice" "without further providing an assessment of the potential adverse effects related to non compliance with such practice".¹⁹² The record of the panel proceedings shows that the risk arising from abusive use of hormones for growth promotion combined with control problems for the hormones at issue, may have been examined on two occasions in a scientific manner. The first occasion may have occurred at the proceedings before the Committee of Inquiry into the Problem of Quality in the Meat Sector established by the European Parliament, the results of which constituted the basis of the Pimenta Report of 1989. However, none of the original studies and evidence put before the Committee of Inquiry was submitted to the Panel. The second occasion could have been the 1995 EC Scientific Conference on Growth Promotion in Meat Production. One of the three workshops of this Conference examined specifically the problems of "detection and control". However, only one of the studies presented to the workshop discussed systematically some of the problems arising from the combination of potential abuse and problems of control of hormones and other substances.¹⁹³ The study presented a theoretical framework for the systematic analysis of such problems, but did not itself investigate and evaluate the actual problems that have arisen at the borders of the European Communities or within the United States, Canada and other countries exporting meat and meat products to the European Communities. At best, this study may represent the beginning of an assessment of such risks.

208. In the absence of any other relevant documentation, we find that the European Communities did not actually proceed to an assessment, within the meaning of Articles 5.1 and 5.2, of the risks arising from the failure of observance of good veterinary practice combined with problems of control of the use of hormones for growth promotion purposes. The absence of such a risk assessment, when considered in conjunction with the conclusion actually reached by most, if not all, of the scientific studies relating to the other aspects of risk noted earlier, leads us to the conclusion that no risk assessment that reasonably supports or warrants the import prohibition embodied in the EC Directives was furnished to the Panel. We affirm, therefore, the ultimate conclusion of the Panel that the EC import prohibition

¹⁹²US Panel Report, para. 8.143; Canada Panel Report, para. 8.146.

¹⁹³B. Jülicher, "Sampling Strategies", in *Proceedings of the Scientific Conference on Growth Promotion in Meat Production*, Brussels, 29 November to 1 December 1995, pp. 521-540.

is not based on a risk assessment within the meaning of Articles 5.1 and 5.2 of the *SPS Agreement* and is, therefore, inconsistent with the requirements of Article 5.1.

209. Since we have concluded above¹⁹⁴ that an SPS measure, to be consistent with Article 3.3, has to comply with, *inter alia*, the requirements contained in Article 5.1, it follows that the EC measures at issue, by failing to comply with Article 5.1, are also inconsistent with Article 3.3 of the *SPS Agreement*.

XII. The Reading of Article 5.5 of the *SPS Agreement*: Consistency of Levels of Protection and Resulting Discrimination or Disguised Restriction on International Trade

210. The European Communities also appeals from the conclusion of the Panel¹⁹⁵ that, by adopting arbitrary or unjustifiable distinctions in the levels of sanitary protection it considers appropriate in different situations which result in discrimination or a disguised restriction on international trade, the European Communities acted inconsistently with the requirements set out in Article 5.5 of the *SPS Agreement*.¹⁹⁶

A. General Considerations: the Elements of Article 5.5

211. Article 5.5 of the *SPS Agreement* needs to be quoted in full:

With the objective of achieving consistency in the application of the concept of appropriate level of sanitary or phytosanitary protection against risks to human life or health, or to animal and plant life or health, each Member shall avoid arbitrary or unjustifiable distinctions in the levels it considers to be appropriate in different situations, if such distinctions result in discrimination or a disguised restriction on international trade. Members shall cooperate in the Committee, in accordance with paragraphs 1, 2 and 3 of Article 12, to develop guidelines to further the practical implementation of this provision. In developing the guidelines, the Committee shall take into account all relevant factors, including the exceptional character of human health risks to which people voluntarily expose themselves.

¹⁹⁴See para. 177 of this Report.

¹⁹⁵EC's appellant's submission, para. 448.

¹⁹⁶US Panel Report, paras. 8.206, 8.218, 8.244, 8.266 and 8.269; Canada Panel Report, paras. 8.209, 8.221, 8.247, 8.269 and 8.272.

212. Article 5.5 must be read in context. An important part of that context is Article 2.3 of the *SPS Agreement*, which provides as follows:

Members shall ensure that their sanitary and phytosanitary measures do not arbitrarily or unjustifiably discriminate between Members where identical or similar conditions prevail, including between their own territory and that of other Members. Sanitary and phytosanitary measures shall not be applied in a manner which would constitute a disguised restriction on international trade.

When read together with Article 2.3, Article 5.5 may be seen to be marking out and elaborating a particular route leading to the same destination set out in Article 2.3.

213. The objective of Article 5.5 is formulated as the "achieving [of] consistency in the application of the concept of appropriate level of sanitary or phytosanitary protection". Clearly, the desired consistency is defined as a goal to be achieved in the future. To assist in the realization of that objective, the Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures is to develop *guidelines for the practical implementation of Article 5.5*, bearing in mind, among other things, that ordinarily, people do not voluntarily expose themselves to health risks. Thus, we agree with the Panel's view that the statement of that goal does not establish a *legal obligation* of consistency of appropriate levels of protection. We think, too, that the goal set is not absolute or perfect consistency, since governments establish their appropriate levels of protection frequently on an *ad hoc* basis and over time, as different risks present themselves at different times. It is only arbitrary or unjustifiable inconsistencies that are to be avoided.

214. Close inspection of Article 5.5 indicates that a complaint of violation of this Article must show the presence of three distinct elements. The first element is that the Member imposing the measure complained of has adopted its own appropriate levels of sanitary protection against risks to human life or health in several different situations. The second element to be shown is that those *levels of protection* exhibit arbitrary or unjustifiable differences ("distinctions" in the language of Article 5.5) in their treatment of different situations. The last element requires that the arbitrary or unjustifiable differences result in discrimination or a disguised restriction of international trade. We understand the last element to be referring to the *measure* embodying or implementing a particular level of protection as resulting, in its application, in discrimination or a disguised restriction on international trade.

215. We consider the above three elements of Article 5.5 to be cumulative in nature; all of them must be demonstrated to be present if violation of Article 5.5 is to be found. In particular, both the second and third elements must be found. The second element alone would not suffice. The third element must also be demonstrably present: the implementing measure must be shown to be applied in such a manner as to result in discrimination or a disguised restriction on international trade. The presence of the second element -- the arbitrary or unjustifiable character of differences in *levels of protection* considered by a Member as appropriate in differing situations -- may in practical effect operate as a "warning" signal that the implementing *measure* in its application *might* be a discriminatory measure or *might* be a restriction on international trade disguised as an SPS measure for the protection of human life or health. Nevertheless, the measure itself needs to be examined and appraised and, in the context of the differing levels of protection, shown to result in discrimination or a disguised restriction on international trade.

B. *Different Levels of Protection in Different Situations*

216. We examine the first element set out in Article 5.5, namely, that a Member has established different levels of protection which it regards as appropriate for itself in differing situations. The Panel, interpreting the term "different situations", states in effect that situations involving the same substance or the same adverse health effect may be compared to one another.¹⁹⁷ The European Communities protests this interpretation as erroneous: while it agrees that there must be some common element (e.g. the substance or drug, or the health risk), it argues that such common element is not necessarily sufficient to ensure a rational comparison.¹⁹⁸

217. There appears no need to examine this matter at any length. Clearly, comparison of *several* levels of sanitary protection deemed appropriate by a Member is necessary if a panel's inquiry under Article 5.5 is to proceed at all. The situations exhibiting differing levels of protection cannot, of course, be compared unless they are comparable, that is, unless they present some common element or elements sufficient to render them comparable. If the situations proposed to be examined are *totally* different from one another, they would not be rationally comparable and the differences in levels of protection cannot be examined for arbitrariness.

¹⁹⁷US Panel Report, para. 8.176; Canada Panel Report, para. 8.179.

¹⁹⁸EC's appellant's submission, para. 455.

218. In examining the EC measures here involved¹⁹⁹ and at least one other SPS measure of the European Communities²⁰⁰, the Panel finds that several different levels of protection were projected by the European Communities:

- (i) the level of protection in respect of natural hormones when used for growth promotion²⁰¹;
- (ii) the level of protection in respect of natural hormones occurring endogenously in meat and other foods²⁰²;
- (iii) the level of protection in respect of natural hormones when used for therapeutic or zootechnical purposes²⁰³;
- (iv) the level of protection in respect of synthetic hormones (zeranol and trenbolone) when used for growth promotion²⁰⁴; and
- (v) the level of protection in respect of carbadox and olaquinox.²⁰⁵

C. *Arbitrary or Unjustifiable Differences in Levels of Protection*

219. The Panel then proceeds to compare level of protection (i) with, firstly, level of protection (ii) and, secondly, with level of protection (iii). Thereafter, the Panel compares levels of protection (i) and (iv) with level of protection (v). The Panel holds that the differences between levels of protection (i) and (iv) on the one hand, and level of protection (ii) on the other, are arbitrary and unjustifiable.²⁰⁶ It further held that the differences in levels of protection (i) and (iv) on the one hand, and level (v)

¹⁹⁹See paras. 2-5 of this Report.

²⁰⁰Directive du Conseil 70/524/CEE of 23 November 1970, Official Journal No. L 270, 14 December 1970, p. 1, the Annexes of which are replaced by Commission Directive 91/248/EEC of 12 April 1991, Official Journal No. L 124, 18 May 1991, p. 1.

²⁰¹US Panel Report, para. 8.191; Canada Panel Report, para. 8.194; and, with regard to MGA, US Panel Report, para. 8.265; Canada Panel Report, para. 8.268.

²⁰²US Panel Report, para. 8.191; Canada Panel Report, para. 8.194; and, with regard to MGA, US Panel Report, para. 8.265; Canada Panel Report, para. 8.268.

²⁰³US Panel Report, para. 8.191; Canada Panel Report, para. 8.194.

²⁰⁴US Panel Report, para. 8.212; Canada Panel Report, para. 8.215.

²⁰⁵US Panel Report, para. 8.226 (with respect to carbadox only); Canada Panel Report, para. 8.229; and, with regard to MGA, US Panel Report, para. 8.268; Canada Panel Report, para. 8.271.

²⁰⁶US Panel Report, paras. 8.197 and 8.214; Canada Panel Report, paras. 8.200 and 8.217; and, with regard to MGA, US Panel Report, para. 8.265; Canada Panel Report, para. 8.268.

on the other, are also arbitrary and unjustifiable.²⁰⁷ In contrast, the Panel does not undertake to compare level of protection (iii) with level of protection (i).²⁰⁸ We examine below *seriatim* what the Panel has done and the results it has obtained.

220. The Panel first compares the levels of protection established by the European Communities in respect of natural and synthetic hormones when used for growth promotion purposes (levels of protection (i) and (iv)) with the level of protection set by the European Communities in respect of natural hormones occurring endogenously in meat and other natural foods (level of protection (ii)). The Panel finds the difference between these levels of protection "arbitrary" and "unjustifiable" basically because, in its view, the European Communities had not provided any reason other than the difference between added hormones and hormones naturally occurring in meat and other foods that have formed part of the human diet for centuries, and had not submitted any evidence that the risk related to natural hormones used as growth promoters is higher than the risk related to endogenous hormones.²⁰⁹ The Panel adds that the residue level of natural hormones in some natural products (such as eggs and broccoli) is higher than the residue level of hormones administered for growth promotion in treated meat.²¹⁰ Furthermore, the Panel states the practical difficulties of detecting the presence of residues of natural hormones in treated meat would also be present in respect of natural hormones occurring endogenously in meat and other foods.²¹¹ The Panel stresses the very marked gap between a "no-residue" level of protection against natural hormones used for growth promotion and the "unlimited-residue" level of protection with regard to hormones occurring naturally in meat and other foods.²¹² Much the same reasons are deployed by the Panel in comparing the levels of protection in respect of synthetic hormones used for growth promotion and in respect of natural hormones endogenously occurring in meat and other foods.²¹³

221. We do not share the Panel's conclusions that the above differences in levels of protection in respect of added hormones in treated meat and in respect of naturally-occurring hormones in food, are merely arbitrary and unjustifiable. To the contrary, we consider there is a fundamental distinction between added hormones (natural or synthetic) and naturally-occurring hormones in meat and other

²⁰⁷US Panel Report, para. 8.238; Canada Panel Report, para. 8.241; and, with regard to MGA, US Panel Report, para. 8.268; Canada Panel Report, para. 8.271.

²⁰⁸US Panel Report, para. 8.200; Canada Panel Report, para. 8.203.

²⁰⁹US Panel Report, para. 8.193; Canada Panel Report, para. 8.196.

²¹⁰US Panel Report, para. 8.194; Canada Panel Report, para. 8.197.

²¹¹US Panel Report, para. 8.195; Canada Panel Report, para. 8.198.

²¹²US Panel Report, para. 8.196; Canada Panel Report, para. 8.199.

²¹³US Panel Report, paras. 8.213, 8.264 and 8.265; Canada Panel Report, paras. 8.216, 8.267 and 8.268.

foods. In respect of the latter, the European Communities simply takes no regulatory action²¹⁴; to require it to prohibit totally the production and consumption of such foods or to limit the residues of naturally-occurring hormones in food, entails such a comprehensive and massive governmental intervention in nature and in the ordinary lives of people as to reduce the comparison itself to an absurdity. The other considerations cited by the Panel, whether taken separately or grouped together, do not justify the Panel's finding of arbitrariness in the difference in the level of protection between added hormones for growth promotion and naturally-occurring hormones in meat and other foods.

222. Because the Panel finds that the difference in the level of protection in respect of the three natural hormones, when used for growth promotion purposes, and the level of protection in respect of natural hormones present endogenously in meat and other foods is unjustifiable, the Panel regards it as unnecessary to decide whether the difference in the levels of protection set by the European Communities in respect of natural hormones used as growth promoters and in respect of the same hormones when used for therapeutic or zootechnical purposes, is justified.²¹⁵ Because, however, we have reached a conclusion different from that of the Panel, we consider it appropriate to complete the Panel's analysis in order that we may be in a position to review the Panel's conclusion concerning consistency with Article 5.5 as a whole. The matter of therapeutic and zootechnical uses of hormones was fully argued before the Panel.²¹⁶ Although the failure of the Panel to proceed with this comparison was not expressly appealed by the United States, the United States relies markedly upon the fact that the European Communities treats therapeutic and zootechnical uses of natural hormones differently from growth promotion use of the same hormones.²¹⁷

223. The European Communities has argued that there are two important differences between the administration of hormones for growth promotion purposes and their administration for therapeutic and zootechnical purposes. The first difference concerns the frequency and scale of the treatment.²¹⁸ Therapeutic use is occasional as opposed to regular and continuous use that characterizes growth

²¹⁴It may be questioned whether the European Communities has established at all an appropriate level of protection in respect of naturally-occurring hormones in meat and other foods (i.e. which are part of peoples' daily diet). We have accepted *arguendo* the assumption of the Panel that the European Communities did, for the purposes of this analysis.

²¹⁵US Panel Report, para. 8.200; Canada Panel Report, para. 8.203.

²¹⁶See, for example, US Panel Report, paras. 4.63, 4.64, 4.68, 4.69, 4.71, 4.223, 4.224, 4.225, 4.226 and 4.227, and Canada Panel Report, paras. 4.141, 4.147, 4.217, 4.238 and 4.242.

²¹⁷United States' appellant's submission, paras. 26, 27 and 29.

²¹⁸EC's appellee's submission, paras. 82-84.

promotion.²¹⁹ Therapeutic use is selective as it concerns only individual sick or diseased animals; growth promotion involves the administration of hormones to all herds and all the members of a herd of cattle. Thus, therapeutic use takes place on a small scale and normally involves cattle intended for breeding and not for slaughter; in contrast, the use of these hormones for growth promotion occurs on a much larger scale and is much more difficult and costly to control.²²⁰ Zootechnical use may relate to entire herds but would occur only once a year²²¹; it is thus clearly distinguishable from the use of hormones continuously and over long periods of time (apparently most of the lifespan of the animals involved). This difference has been stressed in particular by Dr. André, one of the experts advising the Panel.²²²

224. The second difference concerns the mode of administration of hormones. In order to prevent abuse²²³, the European Communities has regulated in substantial detail the conditions under which the administration of natural hormones may be authorized by the Member States of the European Union for therapeutic and zootechnical purposes. The hormones must, in the first place, be administered by a veterinarian or under the responsibility of a veterinarian.²²⁴ In addition, Directive 96/22/EC specifies detailed conditions, such as, for example: strict withdrawal periods; administration by injection or, in case of varying disfunctions, by vaginal spirals, but not by implants; clear identification of the individual animal so treated; and recording of the details of treatment by the responsible veterinarian (e.g. type of treatment, type of veterinary drug used or authorized, date of treatment, identity of the animals treated).²²⁵

225. The conclusion we come to, after consideration of the foregoing factors, is that, on balance, the difference in the levels of protection concerning hormones used for growth promotion purposes,

²¹⁹US Panel Report, para. 4.71; Canada Panel Report, para. 4.242.

²²⁰US Panel Report, para. 8.198; Canada Panel Report, para. 8.201.

²²¹US Panel Report, para. 8.199; Canada Panel Report, para. 8.202.

²²²US Panel Report, paras. 6.183, 6.184 and 6.189; Canada Panel Report, paras. 6.182, 6.183 and 6.188.

²²³See the ninth paragraph of the Preamble of Directive 96/22/EC, dated 29 April 1996, which states:

Whereas the prohibition on the use of hormonal substances for fattening purposes should continue to apply; whereas the use of certain substances for therapeutic or zootechnical purposes may be authorized but must be strictly controlled in order to prevent any misuse; (underlining added)

²²⁴US Panel Report, para. 4.69; Canada Panel Report, para. 4.192.

²²⁵US Panel Report, para. 4.69; Canada Panel Report, para. 4.238.

on the one hand, and concerning hormones used for therapeutic and zootechnical purposes, on the other, is not, in itself, "arbitrary or unjustifiable".

226. We turn to the Panel's comparison between the levels of protection set by the European Communities in respect of natural and synthetic hormones for growth promotion and with respect to carbadox and olaquinox.²²⁶ Carbadox and olaquinox are anti-microbial agents or compounds which are mixed with the feed given to piglets (maximum age of four months). According to a report of JECFA²²⁷, submitted to the Panel by the United States, carbadox is a feed additive that is a known genotoxic carcinogen, that is, carbadox *induces* and does not merely promote cancer.²²⁸ The experts advising the Panel confirmed that carbadox was genotoxic in character.

227. In the panel proceedings, the European Communities sought to justify the difference in the levels of protection in respect of the natural and synthetic hormones (except MGA) and in respect of carbadox and olaquinox.²²⁹ The Panel responds to these arguments and the European Communities has reiterated its original arguments in its appellant's submission.²³⁰ We canvass the arguments of the European Communities and the Panel's responses, which are set out below in very summary form.

228. The first argument of the European Communities is that carbadox and olaquinox are not hormones, but rather anti-microbial agents. The Panel responds that the European Communities has not explained why this difference would itself justify a different regulatory treatment in the light of the carcinogenic potential of both kinds of substances.²³¹

229. The second argument of the European Communities is that carbadox and olaquinox only indirectly act as growth promoters by suppressing the development of bacteria and aiding the intestinal flora of piglets, thereby also exerting preventive therapeutic effects; hormones, it is said, have no

²²⁶EC Directive 70/524/CBE of 23 November 1970 governs the use of additives to animal feed. This Directive allows Member States to permit the use of certain additives listed in Annex I of the Directive, under the conditions there specified. On 12 April 1991, EC Directive 91/248/EEC replaced Annexes I and II of the 1970 Directive with new Annexes. The new Annex I includes the following under the subheading "growth promoters": carbadox and olaquinox.

²²⁷Evaluation of Certain Veterinary Drug Residues in Food: Thirty-sixth Report of the Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives ("JECFA"), Technical Report Series 799 (World Health Organization, 1990), pp. 45-50.

²²⁸US Panel Report, para. 4.220.

²²⁹US Panel Report, para. 8.229 (with respect to carbadox only); Canada Panel Report, para. 8.232.

²³⁰EC's appellant's submission, paras. 528-548.

²³¹US Panel Report, para. 8.231 (with respect to carbadox only); Canada Panel Report, para. 8.234.

preventive therapeutic action when used as growth promoters. However, the Panel considers that both the hormones in dispute and carbadox and olaquinox may have therapeutic effects.²³²

230. The European Communities' third argument is that carbadox and olaquinox are only commercially available in prepared feedstuffs (not as injections or implants) in predetermined dosages and, therefore, are less open to abuse. The Panel observes that, according to experts advising it, products containing any of the five hormones at issue for implantation or injection are also packaged in predetermined dosages. The experts add that carbadox as an additive in feedstuffs poses additional risks since it may harm the persons handling the feedstuff.²³³

231. The fourth argument of the European Communities is that there are no alternatives to carbadox or olaquinox available that have the same therapeutic action. The Panel notes that, according to one of the experts, there are readily available alternatives such as oxytetracycline. According to Canada, oxytetracycline has been the subject of a risk assessment by JECFA and Codex has adopted the Acceptable Daily Intakes (ADI) and MRLs recommended by JECFA.²³⁴

232. The European Communities' fifth argument is that carbadox cannot be abused since it has growth promotion effects only in piglets up to four months old and a fixed withdrawal period of at least 28 days is set in the relevant Directive. In turn, the Panel notes that, according to its expert advisors, there is no assurance that the piglets treated with carbadox would not be slaughtered and that residues of carbadox would not thereby enter the food chain of human beings. The Panel adds that the use of the hormones at issue as growth promoters could similarly be subjected to strict conditions.²³⁵

233. The sixth argument the European Communities made is that carbadox is used in very small quantities and is hardly absorbed in the piglet's gut with the result that it leaves practically no residues at all in pork meat destined for human consumption. The Panel replies that, according to the experts advising it, once a substance has been administered to an animal, there will always be some residue of this substance or a metabolite left, albeit a very small amount, in the meat of that animal.²³⁶ In this connection, Canada volunteered the comment that, according to a 1991 study commissioned by

²³²US Panel Report, para. 8.232 (with respect to carbadox only); Canada Panel Report, para. 8.235.

²³³US Panel Report, para. 8.233 (with respect to carbadox only); Canada Panel Report, para. 8.236.

²³⁴US Panel Report, para. 8.234 (with respect to carbadox only); Canada Panel Report, para. 8.237.

²³⁵US Panel Report, para. 8.235; Canada Panel Report, para. 8.238.

²³⁶US Panel Report, para. 8.236; Canada Panel Report, para. 8.239.

the European Communities and provided to the Panel, metabolites of carbadox and olaquinox are "nearly completely absorbed in the gut" and that "in using carbadox, a mutagenic or carcinogenic risk for the consumer seems negligible if the withdrawal time is closely respected".²³⁷

234. The European Communities made a seventh argument which was not repeated in its appeal: the complaining parties limit their claim to one or two substances out of 10,000 to 15,000 veterinary medicinal substances the use of which the European Communities authorizes, which indicates "a remarkable degree of consistency in its levels of sanitary protection".²³⁸ The Panel notes that the European Communities has advised it that the EC Council, by a Decision of 26 February 1996, has already taken action *motu proprio* to review carbadox and olaquinox. To the Panel, the arguments of the European Communities suggest that it acknowledges that the difference in the levels of protection in respect of added hormones and in respect of carbadox and olaquinox may not be justified and should be reviewed.²³⁹

235. Having reviewed the above arguments and counter-arguments, we must agree with the Panel that the difference in the EC levels of protection in respect of the hormones in dispute when used for growth promotion, on the one hand, and carbadox and olaquinox, on the other, is unjustifiable in the sense of Article 5.5.

D. *Resulting in Discrimination or a Disguised Restriction on International Trade*

236. In interpreting this last element or requirement of Article 5.5, the Panel recalls the conclusion of the Appellate Body in *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*²⁴⁰ ("*United States - Gasoline*") to the effect that the terms "arbitrary discrimination", "unjustifiable discrimination" and "disguised restriction on international trade" found in Article XX of the GATT 1994, may be read side-by-side and impart meaning to one another.²⁴¹ The Panel also recalls our statement in *Japan - Alcoholic Beverages*²⁴², and in particular the requirement in Article III:2, second sentence,

²³⁷CEAS Consultants (Wye) Ltd. (et.al.), *The Impact on Animal Husbandry in the European Community of the Use of Growth Promoters*, Final Report, Vol. I (1991), cited in Canada's appellee's submission, paras. 180-181.

²³⁸US Panel Report, para. 8.237; Canada Panel Report, para. 8.240.

²³⁹US Panel Report, para. 8.237 (with respect to carbadox only); Canada Panel Report, para. 8.240.

²⁴⁰Adopted 20 May 1996, WT/DS2/AB/R.

²⁴¹US Panel Report, paras. 8.182 and 8.240; Canada Panel Report, paras. 8.185 and 8.243.

²⁴²Adopted 1 November 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

of the GATT 1994 that dissimilar taxation needs to be "applied ... so as to afford protection to domestic production". It quotes the passage stating, in part, that "[the dissimilar taxation] may be so much more that it will be clear from that very differential that the dissimilar taxation was applied 'so as to afford protection'. In some cases, that may be enough to show a violation".²⁴³ The Panel then renders its interpretation of the last requirement of Article 5.5 of the *SPS Agreement* as follows:

We consider the reasoning in both Appellate Body Reports to be equally relevant to the relationship between the three elements contained in Article 5.5. All three elements impart meaning to one another. Nevertheless, in order to give effect to all three elements contained in Article 5.5 and giving full meaning to the text and context of this provision, we consider that all three elements need to be distinguished and addressed separately. However, we also agree that in some cases where a Member enacts, for comparable situations, sanitary measures which reflect different levels of protection, the significance of the difference in levels of protection combined with the arbitrariness thereof may be sufficient to conclude that this difference in levels of protection "result[s] in discrimination or a disguised restriction on international trade" in the sense of Article 5.5 (in line with the argument that the magnitude of the very differential of a dissimilar taxation may be enough to conclude that a dissimilar taxation is applied so as to afford protection, as provided for in the second sentence of Article III:2 of GATT.²⁴⁴ (underlining added)

237. The European Communities urges that the Panel committed several errors of legal interpretation. Firstly, the Panel disregards the alternative character of the three elements of the *chapeau* of Article XX of the GATT 1994, and the fact that the three elements of Article 5.5 of the *SPS Agreement* are additional and cumulative in nature.²⁴⁵ Secondly, Article III:2, second sentence, of the GATT 1994 is concerned with the impact of a tax on the competitive relations concerning directly competitive or substitutable products. On the other hand, discrimination and disguised restriction in the sense of Article 5.5 of the *SPS Agreement* are entirely different concepts.²⁴⁶ Thirdly, and as a consequence of its interpretation of Article 5.5, a "discrimination or a disguised restriction on international trade" is not really, for the Panel, a third or additional requirement at all under Article 5.5.²⁴⁷

²⁴³US Panel Report, para. 8.183; Canada Panel Report, para. 8.186.

²⁴⁴US Panel Report, para 8.184; Canada Panel Report, para. 8.187.

²⁴⁵EC's appellant's submission, paras. 471-477.

²⁴⁶EC's appellant's submission, para. 486.

²⁴⁷EC's appellant's submission, para. 491.

238. We agree with the Panel's view that "all three elements [of Article 5.5] need to be distinguished and addressed separately".²⁴⁸ We also recall our interpretation that Article 5.5 and, in particular, the terms "discrimination or a disguised restriction on international trade", have to be read in the context of the basic obligations contained in Article 2.3, which requires that "sanitary ... measures shall not be applied in a manner which would constitute a disguised restriction on international trade". (emphasis added)²⁴⁹

239. However, we disagree with the Panel on two points. First, in view of the structural differences between the standards of the *chapeau* of Article XX of the GATT 1994 and the elements of Article 5.5 of the *SPS Agreement*, the reasoning in our Report in *United States - Gasoline*, quoted by Panel, cannot be casually imported into a case involving Article 5.5 of the *SPS Agreement*. Secondly, in our view, it is similarly unjustified to assume applicability of the reasoning of the Appellate Body in *Japan - Alcoholic Beverages*²⁵⁰ about the inference that may be drawn from the sheer size of a tax differential for the application of Article III:2, second sentence, of the GATT 1994, to the quite different question of whether arbitrary or unjustifiable differences in levels of protection against risks for human life or health, "result in discrimination or a disguised restriction on international trade".²⁵¹

240. In our view, the degree of difference, or the extent of the discrepancy, in the levels of protection, is only one kind of factor which, along with others, may cumulatively lead to the conclusion that discrimination or a disguised restriction on international trade in fact results from the application of a measure or measures embodying one or more of those different levels of protection. Thus, we do not think that the difference between a "no residues" level and "unlimited residues" level is, together with a finding of an arbitrary or unjustifiable difference, sufficient to demonstrate that the third, and most important, requirement of Article 5.5 has been met. It is well to bear in mind that, after all, the difference in levels of protection that is characterizable as arbitrary or unjustifiable is only an element of (indirect) proof that a Member may actually be applying an SPS measure in a manner that discriminates between Members or constitutes a disguised restriction on international trade, prohibited

²⁴⁸US Panel Report, para. 8.184; Canada Panel Report, para. 8.187.

²⁴⁹See para. 212 of this Report.

²⁵⁰Adopted 1 November 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

²⁵¹The differential involved in *Japan - Alcoholic Beverages* was a tax differential, which is very different from a differential in levels of protection. Unlike a differential in levels of protection, a tax differential is always expressed in quantitative terms and a significant tax differential in favour of domestic products will inevitably affect the competitiveness of imported products and thus afford protection to domestic products. There is a clear and linear relationship between a tax differential and the protection afforded to domestic products. There is, however, no such relationship between a differential in levels of human health protection and discrimination or disguised restriction on trade.

by the basic obligations set out in Article 2.3 of the *SPS Agreement*. Evidently, the answer to the question whether arbitrary or unjustifiable differences or distinctions in levels of protection established by a Member do in fact result in discrimination or a disguised restriction on international trade must be sought in the circumstances of each individual case.

241. In the present appeal, it is necessary to address this question only with regard to the difference in the levels of protection established in respect of the hormones in dispute and in respect of carbadox and olaquinox.

242. According to the Panel, the "significance" of the "arbitrary or unjustifiable" distinction in the level of protection concerning the hormones in dispute as compared with the level of protection in respect of carbadox and olaquinox results in discrimination or a disguised restriction on international trade. It bases this finding on: (i) the great difference in the levels of protection, namely, the difference between a "no residue" level for the five hormones at issue when used as growth promoters, as opposed to an "unlimited residue" level for carbadox and olaquinox; (ii) the absence of any plausible justification put forward by the European Communities for this significant difference; and (iii) the nature of the EC measure, i.e., the prohibition of imports, which necessarily restricts international trade.²⁵²

243. The Panel adduces, in support of its finding, three additional factors: (iv) the objectives (apart from the protection of human health) that it believes the European Communities had in mind in enacting or maintaining the EC ban, as reflected in the preambles of the measures in dispute, the reports of the European Parliament and the opinions rendered by the EC Social and Economic Committee. These include the harmonizing of the regulatory schemes of the different Member States of the European Union and the removal of competitive distortions in and barriers to intra-community trade in beef, and the bringing about of an increase in the consumption of beef, thereby reducing the internal beef surpluses, and providing more favourable treatment to domestic producers²⁵³; (v) before the import ban came into force (in 1987), the percentage of animals treated for growth promotion with the hormones in dispute was significantly lower in the European Communities than in Canada and the United States. The apparent implication, for the Panel, is that the EC measures constitute *de facto* discrimination against imported beef produced with growth promotion hormones²⁵⁴; and (vi) that the hormones at

²⁵²US Panel Report, para. 8.241; Canada Panel Report, para. 8.244.

²⁵³US Panel Report, para 8.242; Canada Panel Report, para. 8.245.

²⁵⁴US Panel Report, para 8.242; Canada Panel Report, para. 8.245.

issue are used for growth promotion in the bovine sector "where the European Communities seemingly wants to limit supplies and is arguably less concerned with international competitiveness", whereas carbadox and olaquinox are used for growth promotion in the pork meat sectors "where the European Communities has no domestic surpluses and where international competitiveness is a higher priority".²⁵⁵

244. In its appeal, the European Communities stresses that the prohibition of the use of hormones for growth promotion purposes applies equally to beef produced within the European Communities and to imports of such beef.²⁵⁶ It is also emphasized that the predominant motivation for both the prohibition of the domestic use of growth promotion hormones and the prohibition of importation of treated meat, is the protection of the health and safety of its population. No suggestion has been made that the import prohibition of treated meat was the result of lobbying by EC domestic producers of beef. It is also pointed out that legislation (in representative governments) normally reflects multiple objectives. The fact that there was a higher percentage of beef treated with growth promotion hormones in Canada and in the United States, as compared with the European Communities, was simply a reflection of the fact that Canada and the United States had allowed this practice for a long time while the European Communities had not. The long history of the EC Directives should be recalled in this connection. The import prohibition could not have been designed simply to protect beef producers in the European Communities *vis-à-vis* beef producers in the United States and Canada, for beef producers in the European Communities were precisely forbidden to use the same hormones for the same purpose. We note, in this connection, that the prohibition of domestic use also necessarily excludes any exports of treated meat by domestic producers.

245. We do not attribute the same importance as the Panel to the supposed multiple objectives of the European Communities in enacting the EC Directives that set forth the EC measures at issue. The documentation that preceded or accompanied the enactment of the prohibition of the use of hormones for growth promotion and that formed part of the record of the Panel makes clear the depth and extent of the anxieties experienced within the European Communities concerning the results of the general scientific studies (showing the carcinogenicity of hormones), the dangers of abuse (highlighted by scandals relating to black-marketing and smuggling of prohibited veterinary drugs in the European Communities) of hormones and other substances used for growth promotion and the intense concern of consumers within the European Communities over the quality and drug-free character of the meat available in

²⁵⁵US Panel Report, para. 8.243 (with respect to carbadox only); Canada Panel Report, para. 8.246.

²⁵⁶EC's appellant's submission, para. 552.

its internal market.²⁵⁷ A major problem addressed in the legislative process of the European Communities related to the differences in the internal regulations of various Member States of the European Union (four or five of which permitted, while the rest prohibited, the use for growth promotion of certain hormones), the resulting distortions in competitive conditions in and the existence of barriers to intra-community trade. The necessity for harmonizing the internal regulations of its Member States was a consequence of the European Communities' mandate to establish a common (internal) market in beef.²⁵⁸ Reduction of any beef surplus through an increase in the consumption of beef within the European Communities, is not only in the interests of EC farmers, but also of non-hormone using farmers in exporting countries. We are unable to share the inference that the Panel apparently draws that the import ban on treated meat and the Community-wide prohibition of the use of the hormones here in dispute for growth promotion purposes in the beef sector were not really designed to protect its population from the risk of cancer, but rather to keep out US and Canadian hormone-treated beef and thereby to protect the domestic beef producers in the European Communities.

246. Our conclusion, therefore, is that the Panel's finding that the "arbitrary or unjustifiable" difference in the EC levels of protection in respect of the hormones at issue on the one hand and in respect of carbadox and olaquinox on the other hand, "result in discrimination or a disguised restriction on international trade", is not supported either by the architecture and structure of the EC Directives here at stake or of the subsequent Directive on carbadox and olaquinox, or by the evidence submitted by the United States and Canada to the Panel. The Panel's finding is itself unjustified and erroneous as a matter of law. Accordingly, we reverse the conclusion of the Panel that the European Communities has acted inconsistently with the requirements set out in Article 5.5 of the *SPS Agreement*.

²⁵⁷See, for example: Opinion of the Economic and Social Committee of 13 December 1984 on the proposal for a Council Directive amending Directive 81/602/EEC concerning the prohibition of certain substances having a hormonal action and of any substances having a thyrostatic action, Official Journal, No. C 44, 15 February 1985, p. 14; Resolution of the European Parliament of 11 October 1985 on the proposal for a Council Directive amending Directive 81/602/EEC concerning the prohibition of certain substances having a hormonal action and of any substances having a thyrostatic action, Official Journal No. C 288, 11 November 1985, p. 158; Resolution of the European Parliament of 16 September 1988 on the use of hormones in meat production, Official Journal, No. C 262, 10 October 1988, p. 167; and Resolution of the European Parliament of 14 April 1989 on the USA's refusal to comply with Community legislation on slaughterhouses and hormones, and the consequences of this refusal, Official Journal, No. C 120, 16 May 1989, p. 356. The latter Resolution was based on, *inter alia*, the Pimenta Report, Parts A and B.

²⁵⁸Article 7a of the Treaty Establishing the European Community stipulates:

The Community shall adopt measures with the aim of progressively establishing the internal market over a period expiring on 31 December 1992 ...
The internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty.

XIII. Appeals by the United States and Canada: Articles 2.2 and Article 5.6 of the SPS Agreement

247. The Panel refrained from making findings under Articles 2.2 and 5.6 of the *SPS Agreement*. In respect of Article 2.2, the Panel, having found that the EC measures are inconsistent with Articles 3.1, 5.1 and 5.5, did not believe there was any necessity for making a finding on the consistency of the same EC measures with Article 2.2. The Panel, in so concluding, also considered that Articles 3 and 5 provide for more specific rights and obligations than the "basic rights and obligations" set out in Article 2.²⁵⁹

248. In respect of Article 5.6, the Panel held that since it had already found the EC level of protection reflected in the EC measure in dispute was adopted in violation of Article 5.5, there was no need to examine whether that same measure is also more trade restrictive than necessary to achieve that level in the sense of Article 5.6.²⁶⁰

249. The United States, *qua* appellant, believes the Panel has made all the findings necessary for the purpose and should have declared the EC import prohibition inconsistent with Article 2.2.²⁶¹ It is also submitted by the United States that the text of Articles 2, 3 and 5 does not indicate that all of the obligations in Article 2.2 are subsumed under Articles 3 and 5.²⁶² In respect of Article 5.6, it is similarly urged by the United States that the Panel's findings on Article 5.5 are sufficient to establish that the EC import prohibition is also inconsistent with Article 5.6.²⁶³ Similar submissions are made by Canada as appellant.²⁶⁴

250. We agree with the Panel's application of the notion of judicial economy. We have affirmed the Panel's conclusion that the EC measures are inconsistent with Article 5.1 in view of the failure of the European Communities to provide a risk assessment that reasonably supports such measures. Under the circumstances, the necessity or propriety of proceeding to determine whether Article 2.2 of the *SPS Agreement* has also been violated is not at all clear to us. Had we reversed the Panel's

²⁵⁹US Panel Report, para 8.271; Canada Panel Report, para. 8.274.

²⁶⁰US Panel Report, para 8.247; Canada Panel Report, para. 8.250.

²⁶¹United States' appellant's submission, para. 4.

²⁶²United States' appellant's submission, para. 18.

²⁶³United States' appellant's submission, para. 20.

²⁶⁴Canada's appellant's submission, paras. 19-22.

conclusion in respect of the inconsistency of the EC measures with Article 5.1, it would have been logically necessary to inquire whether Article 2.2 might nevertheless have been violated. We are, of course, surprised by the fact that the Panel did not begin its analysis of this whole case by focusing on Article 2 that is captioned "Basic Rights and Obligations", an approach that appears logically attractive. We recall the reading that we have given above to Articles 2 and 5 -- that Article 2.2 informs Article 5.1, and that similarly Article 2.3 informs Article 5.5 -- but believe that further analysis of their relationship should await another case.

251. We have, at the same time, reversed the Panel's conclusion under Article 5.5 of the *SPS Agreement* that the levels of protection set by the European Communities in respect of the use of hormones for growth promotion result in discrimination or a disguised restriction on international trade. However, it cannot be assumed that all the findings of fact necessary to proceed to a determination of consistency or inconsistency of the EC measures with the requirements of Article 5.6 have been made by the Panel, which Article also provides that "technical and economic feasibility" should be taken into account. There appears all the more reason for refraining from an examination of the legality of the measures under Article 5.6 and for adhering to the prudential dictates of the principle of judicial economy.

252. We consider, therefore, and so hold, that the Panel did not err in refraining from making findings on Articles 2.2 and 5.6 of the *SPS Agreement*.

XIV. Findings and Conclusions

253. For the reasons set out in the preceding sections of this Report, the Appellate Body:

- (a) reverses the Panel's general interpretative ruling that the *SPS Agreement* allocates the evidentiary burden to the Member imposing an SPS measure, and also reverses the Panel's conclusion that when a Member's measure is not based on an international standard in accordance with Article 3.1, the burden is on that Member to show that its SPS measure is consistent with Article 3.3 of the *SPS Agreement*;
- (b) concludes that the Panel applied the appropriate standard of review under the *SPS Agreement*;

- (c) upholds the Panel's conclusions that the precautionary principle would not override the explicit wording of Articles 5.1 and 5.2, and that the precautionary principle has been incorporated in, *inter alia*, Article 5.7 of the *SPS Agreement*;
- (d) upholds the Panel's conclusion that the *SPS Agreement*, and in particular Articles 5.1 and 5.5 thereof, applies to measures that were enacted before the entry into force of the *WTO Agreement*, but that remain in force thereafter;
- (e) concludes that the Panel, although it sometimes misinterpreted some of the evidence before it, complied with its obligation under Article 11 of the DSU to make an objective assessment of the facts of the case;
- (f) concludes that the procedures followed by the Panel in both proceedings -- in the selection and use of experts, in granting additional third party rights to the United States and Canada and in making findings based on arguments not made by the parties -- are consistent with the DSU and the *SPS Agreement*;
- (g) reverses the Panel's conclusion that the term "based on" as used in Articles 3.1 and 3.3 has the same meaning as the term "conform to" as used in Article 3.2 of the *SPS Agreement*;
- (h) modifies the Panel's interpretation of the relationship between Articles 3.1, 3.2 and 3.3 of the *SPS Agreement*, and reverses the Panel's conclusion that the European Communities by maintaining, without justification under Article 3.3, SPS measures which are not based on existing international standards, acted inconsistently with Article 3.1 of the *SPS Agreement*;
- (i) upholds the Panel's finding that a measure, to be consistent with the requirements of Article 3.3, must comply with, *inter alia*, the requirements contained in Article 5 of the *SPS Agreement*;
- (j) modifies the Panel's interpretation of the concept of "risk assessment" by holding that neither Articles 5.1 and 5.2 nor Annex A.4 of the *SPS Agreement* require a risk assessment to establish a minimum quantifiable magnitude of risk, nor do these

provisions exclude *a priori*, from the scope of a risk assessment, factors which are not susceptible of quantitative analysis by the empirical or experimental laboratory methods commonly associated with the physical sciences;

- (k) reverses the Panel's finding that the term "based on" as used in Article 5.1 of the *SPS Agreement* entails a "minimum procedural requirement" that a Member imposing an SPS measure must submit evidence that it actually took into account a risk assessment when it enacted or maintained the measure;
- (l) upholds the Panel's finding that the EC measures at issue are inconsistent with the requirements of Article 5.1 of the *SPS Agreement*, but modifies the Panel's interpretation by holding that Article 5.1, read in conjunction with Article 2.2, requires that the results of the risk assessment must sufficiently warrant the SPS measure at stake;
- (m) reverses the Panel's findings and conclusions on Article 5.5 of the *SPS Agreement*;
and
- (n) concludes that the Panel exercised appropriate judicial economy in not making findings on Articles 2.2 and 5.6 of the *SPS Agreement*.

254. The foregoing legal findings and conclusions uphold, modify and reverse the findings and conclusions of the Panel in Parts VIII and IX of the Panel Reports, but leave intact the findings and conclusions of the Panel that were not the subject of this appeal.

255. The Appellate Body *recommends* that the Dispute Settlement Body request the European Communities to bring the SPS measures found in this Report and in the Panel Reports, as modified by this Report, to be inconsistent with the *SPS Agreement* into conformity with the obligations of the European Communities under that Agreement.

Signed in the original at Geneva this 5th day of January 1998 by:



Florentino Feliciano

Presiding Member



Claus-Dieter Ehlermann

Member



Mitsuo Matsushita

Member

