

De l'obligation de conformité en droit de l'OMC : au-delà du respect des engagements commerciaux multilatéraux

Hervé A. PRINCE et Marwa SEMHAT***

**The WTO Obligation of Conformity:
Beyond Compliance with Multilateral Commercial Commitments**

**De la obligación de cumplimiento en el derecho de la OMC:
más allá del respeto de los compromisos comerciales multilaterales**

**Da Obrigação de Conformidade no Direito da OMC:
Para além do Respeito dos Compromissos Comerciais Multilaterais**

世贸组织法中的合规义务：不止是遵守多边商业承诺

Résumé

Malgré ce qui peut sembler être une référence discrète à la notion de conformité dans le droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), il apparaîtrait finalement que la conformité se trouve au cœur du système commercial multilatéral. L'hypothèse avancée dans la présente étude est celle de considérer que la portée

Abstract

Despite what may appear to be a discrete reference to the concept of conformity in WTO Law, the conformity is at the heart of the multilateral trading system. This paper argues that the scope of conformity within the meaning of WTO Law goes beyond the mere implementation of treaty commitments. Rather, it

* Hervé Agbodjan Prince est professeur agrégé de droit international économique à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, chercheur régulier au CDACI et directeur de l'Observatoire de l'intégration économique (www.loie.ca).

** Marwa Semhat est candidate au doctorat en droit international économique à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

de la conformité au sens où l'entend le droit de l'OMC, va bien au-delà de la simple mise en œuvre des engagements conventionnels de ses États membres. En effet, la conformité se présente comme porteuse d'obligations à la charge des États membres qui doivent rendre leurs législations internes conformes au droit de l'OMC. Par ailleurs, en considérant que l'objectif visé par le droit de l'OMC est celui du maintien de conditions égales de concurrence, la conformité induit pour chaque membre l'obligation de maintenir non seulement une législation interne conforme à ses engagements multilatéraux, mais aussi de maintenir intactes les conditions de concurrence anticipées par toutes les parties contractantes de manière à ne pas contrevenir à la prévisibilité et aux attentes raisonnables des États membres. Ce respect de la «légalité» internationale doit être maintenu de manière constante et permanente, qu'il y ait ou non violation, et ce, depuis le processus de mise en œuvre des engagements conventionnels jusqu'à l'exécution effective des décisions juridictionnelles qui pourraient résulter d'une poursuite pour non-conformité. Plus qu'un état de fait, la conformité correspond donc bien à un «processus» ou une «quête». Cette dernière est placée sous le regard attentif d'un Organe de règlement des différends (ORD) dont les décisions sont dotées de la force obligatoire, mais également de la force exécutoire, nécessaires pour assurer de manière effective la mise en œuvre de ses décisions. C'est en cela que l'OMC se révèle comme une organisation internationale originale dans son *modus operandi* puisqu'elle se démarque des autres institutions internationales par le degré de conformité qu'elle exige de la part de ses États membres.

presents itself as an obligation for Member States to bring their domestic laws into conformity with WTO Law. On the other hand, considering that the objective of WTO Law is that of maintaining equal conditions of competition, conformity requires each member to maintain not only its domestic legislation in conformity with its multilateral commitments, but also to maintain intact the conditions of competition anticipated by all contracting parties so as not to undermine predictability and the reasonable expectations of Member States. This international "legality" must be maintained constantly and permanently, whether there has been a violation or not, from the process of implementation of treaty commitments until the actual execution of judicial decisions that could result from a prosecution for non-conformity. More than a state of fact, conformity is therefore a "process" or a "quest" which is constantly kept under the microscope of a DSB whose decisions are endowed with a binding and an enforceable strength that appears necessary to ensure their effective implementation. It is in this respect that the WTO is proving to be an original international organization in its *modus operandi*, since it stands out for the degree of conformity it demands from its Member States.

Resumen

A pesar de lo que puede parecer una discreta referencia a la noción de cumplimiento en el derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC), se ha establecido que el cumplimiento se ubica en el corazón del sistema comercial multilateral. En este documento se expone una hipótesis que considera que el alcance del cumplimiento, tal como lo preconiza el derecho de la OMC, va más allá de la simple ejecución de los compromisos convencionales de los Estados miembros. En efecto, el cumplimiento surge como una obligación para los Estados miembros, que deben adoptar medidas para que su legislaciones internas sean conformes al derecho de la OMC. Por otro lado, teniendo en cuenta que el objetivo buscado por el derecho de la OMC es mantener la igualdad de condiciones de competencia, el cumplimiento requiere de cada miembro la obligación de mantener no solamente una legislación interna conforme a sus compromisos multilaterales, sino también mantener intactas las condiciones de competencia anticipada por todas las partes contratantes con el fin de no ir en contra de la previsibilidad y las expectativas razonables de los Estados miembros. Este respeto de la «legalidad» internacional debe ser mantenida de manera constante y permanente, independientemente de que exista o no una violación, y esto, desde el proceso de implementación de los compromisos convencionales hasta la ejecución efectiva de las decisiones jurisdiccionales que podrían resultar de un proceso por incumplimiento. Más que un Estado de hecho, el cumplimiento corresponde a un «proceso» o «pesquisa». Este último está bajo la atenta mirada de

Resumo

Apesar do que possa parecer uma referência discreta à noção de conformidade no direito da Organização Mundial do Comércio (OMC), a conformidade se encontra no centro do sistema comercial multilateral. A hipótese apresentada no presente estudo é de considerar que o alcance da conformidade no sentido em que o direito da OMC a entende vai bem além da simples aplicação dos compromissos convencionais dos Estados membros. Com efeito, a conformidade se apresenta como portadora de obrigações para os Estados membros, que devem tornar suas legislações internas conformes ao direito da OMC. De outra parte, considerando que o objetivo almejado pelo direito da OMC é o de manter condições iguais de concorrência, a conformidade leva cada membro à obrigação não só de manter uma legislação interna conforme aos seus compromissos multilaterais, mas também de manter intactas as condições de concorrência antecipadas por todas as partes contratantes de maneira a não infringir a previsibilidade e as expectativas razoáveis dos Estados membros. Este respeito da «legalidade» internacional deve ser mantido de maneira constante e permanente, haja ou não violação, e isso, desde o processo de aplicação dos compromissos convencionais até a execução efetiva das decisões jurisdiccionais que possam resultar de um processo por não conformidade. Mais que um estado de fato, a conformidade corresponde então a um «processo» ou a uma «busca». Esta última se encontra sob o olhar atento de um Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), cujas decisões são dotadas de força vinculante e igualmente de força executória, necessárias para assegurar de

un Órgano de Solución de Diferencias (OSD) cuyas decisiones están dotadas de fuerza vinculante, pero también de fuerza ejecutoria, necesarias para asegurar efectivamente la implementación de sus decisiones. Es en ese sentido que la OMC se revela como una organización internacional original en su *modus operandi*, ya que se distingue de otras instituciones internacionales por el grado de cumplimiento que exige de sus estados miembros.

maneira efetiva a aplicação de suas decisões. É nisto que a OMC se revela como uma organização internacional original em seu *modus operandi*, já que ele se destaca das outras instituições internacionais pelo grau de conformidade que ela exige de seus Estados membros.

摘要

尽管世贸组织法中的合规概念似乎是心照不宣的参考标准，合规已居于多边贸易体系的核心。本文论证的观点是，世贸组织法中合规的适用范围超越了单纯的实施条约承诺。事实上，它还要求世贸组织成员国必须使自己的国家法符合世贸组织法。另外，鉴于世贸组织法的目的是维持平等的竞争条件，各成员国的合规义务不仅仅体现为让自己的国家法符合多边承诺，还体现为让所有缔约国预期的竞争条件维持不变，从而不损害可预见性及成员国的合理期待。从条约承诺的实施过程到实际执行不合规诉讼的司法决定，这种国际“合法性”必须长期、持续遵守，不论有无违反。合规不仅仅是一种事实状态，也是一个“过程”或者说“追求”。而合规的过程受到争端解决机构的密切审查，其决定具有拘束力和强制执行力，以确保该决定得以有效执行。正是在这一点上世贸组织的做法相比其他国际组织更具开创性，因为它为成员国规定了合规的程度。

Plan de l'article

Introduction

I. L'obligation de conformité: un concept porteur d'obligations contraignantes.....	912
A. La contractualisation des relations commerciales internationales.....	912
1. La réciprocité des engagements commerciaux internationaux	913
2. La multilatéralisation des engagements réciproques.....	915
B. La portée de l'obligation de conformité.....	918
1. L'étendue de la clause de conformité.....	918
2. Le contenu de l'obligation de conformité	920
II. La non-conformité ou la commission d'un fait internationalement illicite	922
A. Les éléments établissant la non-conformité	923
1. Les situations de violation d'obligations résultant du droit de l'OMC.....	923
2. Les situations de non-violation d'obligations résultant du droit de l'OMC.....	926
B. L'obligation de conformité: constante et permanente.....	930
1. Les mécanismes de mise en conformité	930
2. Le contentieux de la mise en œuvre	935
Conclusion.....	936

Si la notion de conformité renvoie à un environnement juridique des entreprises aux contours expressément définis par le droit des affaires¹, il en est autrement en droit international public général (DIP) et, en particulier, en droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Dans ces matières, la place de la conformité paraît, au premier regard, beaucoup moins évidente même si la conformité innerve toute la logique de licéité du droit international. Le droit international repose sur des principes d'égalité et de primauté du droit qui peuvent accessoirement être suppléés par des normes moins contraignantes telles l'équité ou la coopération². Mais la conformité, telle qu'articulée dans ces matières, ne bénéficie pas d'un cadre formel et normalisé.

À travers la « théorie de la conformité » ou « *compliance theory* »³, une certaine doctrine a entrepris des réflexions en vue d'en saisir le sens et la portée. Pour O. Young par exemple, la conformité en droit international renvoie au « degree to which state behaviour conforms to what an agreement prescribes or proscribes »⁴. Au sens où l'entend cet auteur, la conformité en droit international n'a rien à voir avec la *soft law*. Elle découle d'un accord, elle est la manifestation d'un engagement pris dans un cadre *légal* au sein duquel l'État constitue le principal acteur. C'est en tout cas ce qu'en comprennent Raustiala et Slaughter, pour qui la conformité décrit la relation entre une règle spécifique et le comportement d'un acteur étatique⁵. Il appert donc qu'au sens du droit international, la conformité renvoie précisément au comportement de l'État, ou plus exactement à l'influence des règles de droit international sur celui-ci : « [T]he important point to

¹ En droit des affaires, la notion de conformité peut tout à la fois renvoyer à des normes de *soft law* qui sont en général des engagements unilatéraux pris par les entreprises elles-mêmes (code de conduite, charte éthique, politique de rémunération, etc.) que de *hard law* (loi, règlement, etc.) qui sont des normes juridiques comportant des obligations légales. Voir : Virginie LEFEBVRE-DUTILLEUL, *La gestion des risques juridiques et réglementaires est au cœur de la performance économique des entreprises*, Paris, SA Lamy, 2012, par. 15.

² Pour plus de précisions sur les sources conventionnelles et non conventionnelles du DIP, voir par exemple : Patrick DAILLIER, Mathias FORTEAU et Alain PELLET, *Droit international public*, 8^e édition, Paris, L.G.D.J. 2009.

³ Voir à titre d'exemple : Andrew GUZMAN, « A compliance based theory of international law », (2002) 90 *California Law Review* 1823.

⁴ Oran YOUNG, *Compliance and Public Authority*, Baltimore, Johns Hopkins Press, 1979.

⁵ Kal RAUSTIALA et Anne-Marie SLAUGHTER, « International Law, International Relations and Compliance », (2002) 2 *Princeton Law & Public Affairs* 539.

underscore is that most theories of compliance with international law are at bottom theories of the behavioral influence of legal rules»⁶. La règle ainsi visée n'émane pas d'une volonté unilatérale comme cela peut en être le cas en droit des affaires, mais plutôt d'une source externe, à savoir des normes juridiques de droit international imposant des obligations à l'État. Plus que toute autre organisation internationale, les règles de l'OMC sont contraignantes et les États y souscrivent des engagements particulièrement contraignants dont la violation emporte des sanctions formelles. De ce point de vue, le caractère *hard law* de la conformité y trouve toute sa signification.

Il est vrai qu'en droit de l'OMC, la référence à la notion de conformité peut être particulièrement discrète. À titre d'illustration, le terme « conformité » n'apparaît nulle part dans le glossaire de l'OMC⁷. De la même manière, le terme n'apparaît qu'une seule fois dans l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*⁸. Bien souvent lorsqu'on y a recours, la conformité semble se confondre avec des notions connexes telles la mise en œuvre ou l'efficacité. C'est d'ailleurs en des termes très sibyllins que l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC y fait référence: « 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 »⁹. C'est de cette manière que la conformité déploie toute son ampleur en droit de l'OMC alors qu'en réalité, le critère de conformité se retrouve au cœur même du système¹⁰.

En relisant l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC, il en résulte clairement que l'OMC institue, à la charge de ses États membres, une obligation claire de conformité¹¹. Dans l'affaire *Communautés européennes et*

⁶ *Id.*

⁷ OMC, *Glossaire*, Guide de la terminologie de l'OMC, en ligne: <https://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/glossary_f.htm> (consulté le 19 octobre 2016).

⁸ *Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, en ligne: <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto.pdf> (consulté le 19 octobre 2016) (ci-après « Accord instituant l'OMC »).

⁹ *Id.*, art. XVI:4.

¹⁰ En ce sens, voir: Joanna LANGILLE, « Neither constitution nor contract: understanding the WTO by examining the legal limits on contracting out through regional trade agreements », (2011) 86 *New York University Law Review* 1482.

¹¹ OMC, *Communautés européennes – Désignations commerciales des sardines*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS231/AB/R (26 septembre 2002), par. 213.

leurs États membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information, un groupe spécial avait en effet considéré que l'article XVI:4 prescrit qu'un « [m]embre est tenu de veiller à ce que sa législation intérieure soit compatible avec les concessions figurant dans sa liste »¹².

Dans la mesure où l'OMC est un système fondé sur des règles négociées entre ses parties contractantes, l'efficacité du système repose sur son aptitude à assurer la mise en œuvre effective des règles ainsi élaborées. Il n'y a plus de doute aujourd'hui que cette mission de « gardien du temple OMC » est particulièrement bien assumée par l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC.

L'hypothèse avancée dans la présente étude est celle de considérer que la portée de la conformité, au sens où l'entend le droit de l'OMC, va bien au-delà de la simple mise en œuvre. Il va sans dire qu'en matière conventionnelle, le respect des engagements constitue la moindre des courtoisies. De plus, la mise en œuvre d'une décision de l'ORD peut simplement se résoudre à l'adoption par l'État visé d'une législation compatible avec ses engagements conventionnels. Mais la conformité, à notre sens, n'est pas simplement une affaire de mise en œuvre, pas plus qu'elle ne constitue un principe fondamental du droit de l'OMC. La conformité induit plutôt un comportement de la part de l'État dont la qualité de membre de l'OMC présuppose qu'il fasse en sorte que sa législation corresponde exactement aux normes¹³ qui figurent dans les accords de l'OMC. Conséquemment, le moindre manquement à cette obligation de conformité le rend coupable de « fait illicite » susceptible d'engager sa responsabilité internationale¹⁴.

La conformité apparaît ainsi comme porteuse d'obligations à la charge des États membres de l'OMC qui doivent rendre leurs législations internes conformes au droit de l'OMC. Ils doivent au surplus maintenir de manière

¹² OMC, *Communautés européennes et leurs États membres – Traitement tarifaire de certains produits des technologies de l'information*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS375/R; DS3776/R; DS377/R (16 août 2010), note de bas de page 42.

¹³ OMC, *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS26/R/USA (18 août 1997); *Communautés européennes – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS26/AB/R (16 janvier 1998).

¹⁴ *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Commission de droit international, Doc. Off. A.G. N.U., 56^e sess., suppl. n° 10 (A/56/10) (2001) (ci-après « *Projet d'articles* »).

constante et permanente cette «légalité» pour être considérés comme étant en conformité avec les engagements pris envers les autres États membres. En ce sens, le droit de l'OMC institue entre les États parties des relations conventionnelles selon lesquelles ceux-ci sont astreints à des obligations de conformité qui se maintiennent depuis le processus de mise en œuvre des engagements conventionnels jusqu'à l'exécution effective des décisions juridictionnelles qui pourraient résulter d'une poursuite pour non-conformité.

L'objectif visé dans la présente recherche est donc de contribuer à la compréhension de la notion de conformité à la lumière des objectifs visés par le droit de l'OMC. Tenant pour acquis que l'objectif visé par le droit de l'OMC est celui du maintien de conditions égales de concurrence¹⁵, l'obligation de conformité emporte pour chaque État membre l'exigence de maintenir sa législation de manière à ce qu'elle garantisse les conditions de concurrence visées par l'ensemble des États membres de l'OMC (I). De cette manière, la non-conformité ne peut être analysée comme un simple manquement pouvant entraîner réparation. Qu'il y ait violation ou non, l'obligation de conformité impose que les conditions de concurrence soient, en toutes circonstances, maintenues égales pour l'ensemble de la communauté OMC (II).

I. L'obligation de conformité: un concept porteur d'obligations contraignantes

Les relations qui lient les parties aux accords de l'OMC sont de nature contractuelle. Elles sont nées d'engagements réciproques et comportent des obligations dont la portée s'avère particulièrement large.

A. La contractualisation des relations commerciales internationales

Lorsque les États s'engagent dans le processus d'adhésion à l'OMC, ils doivent négocier, avec les autres parties, des concessions tarifaires et non tarifaires. Et comme dans le cas d'un contrat, leur adhésion leur confère des droits et des obligations.

¹⁵ OMC, *Japon – Boissons alcooliques II*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (4 octobre 1996), p. 19.

1. La réciprocité des engagements commerciaux internationaux

L'OMC se définit avant tout comme un forum de négociations commerciales multilatérales au sein duquel les États membres ou territoires douaniers autonomes prennent des engagements contraignants et réciproques. Ainsi donc le processus d'adhésion à l'OMC emporte, pour la partie y adhérant, l'obligation d'adopter des concessions à condition que les partenaires commerciaux en fassent de même. Comme dans un contrat de droit privé, ces concessions comportent leurs engagements, lesquels lient et déterminent la nature et l'étendue des droits et obligations en découlant. En tant que telles, les concessions réciproques des États présentent les mêmes caractéristiques qu'un contrat de droit privé. Il s'agit cependant d'un contrat de nature particulière.

Puisque des parties aux intérêts divergents s'obligent mutuellement à l'exécution d'engagements pris les unes envers les autres, le cadre juridique de l'OMC est assimilable à un contrat synallagmatique. Dans l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*¹⁶, la nature contractuelle du droit de l'OMC avait déjà été rappelée par l'Organe d'appel, qui avait jugé que :

L'Accord sur l'OMC est un traité, c'est-à-dire l'équivalent d'un contrat au niveau international. Il paraît évident que, agissant à titre souverain et au nom de leurs intérêts nationaux respectifs, les membres de l'OMC ont dû faire un compromis. En échange des bénéfices qu'ils espèrent tirer de leur statut de membre de l'OMC, ils ont accepté d'exercer leur souveraineté en se conformant aux engagements qu'ils ont contractés dans le cadre de l'Accord sur l'OMC.¹⁷

La limitation de souveraineté à laquelle consentent les États membres de l'OMC en s'obligeant mutuellement dans le cadre multilatéral confirme la nature contractuelle et synallagmatique de ces relations interétatiques. Les États nouent entre eux un lien contractuel porteur d'obligations incluant celle de la conformité. Mais si le droit d'accès aux marchés réciproques est concédé moyennant des concessions tarifaires et non tarifaires, il appartient à l'OMC de se porter garante de ces concessions négociées par les

¹⁶ OMC, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS8/AB/R (4 octobre 1996), p. 18.

¹⁷ *Id.*

parties contractantes au titre de l'article II du GATT¹⁸. C'est donc la réciprocité des engagements qui constitue le moteur de la relation commerciale que les parties entretiennent entre elles. Pour Hamann, « la configuration des négociations est le témoin de cette réciprocité dans les concessions, et la réalisation effective des échanges commerciaux celui de la réciprocité dans l'exécution des obligations »¹⁹.

Le principe de réciprocité permet d'établir un système de concessions équilibrées, dans lequel la violation d'une obligation par un membre entraîne la suspension de ladite obligation par son vis-à-vis. De la même manière, le refus de se conformer à ses obligations entraîne la suspension d'obligation pour un autre. La survie de la relation contractuelle est ainsi liée de manière intrinsèque à son caractère synallagmatique. Et la survie du lien contractuel ou conventionnel dépend donc de cette fameuse obligation de conformité. C'est le prix à payer pour préserver l'objectif de prévisibilité poursuivi par les engagements réciproques.

Parlant de prévisibilité du système OMC, il est clair que les attentes des parties à l'égard de leurs partenaires commerciaux vont au-delà de la non-violation des engagements pris. Même en cas de non-violation, l'obligation de conformité impose aux membres le maintien de l'équilibre contractuel. L'Organe d'appel a ainsi jugé qu'« en l'absence de règles juridiques de fond [...], la disposition de l'article XXIII:1b) relative aux actions "en situation de non-violation" visait à empêcher les parties contractantes de recourir à des obstacles non tarifaires ou à d'autres mesures de politique générale pour neutraliser les avantages des concessions tarifaires négociées »²⁰. En d'autres termes, le lien contractuel impose aux parties contractantes de maintenir l'équilibre des concessions négociées en s'abstenant d'appliquer certaines mesures, que celles-ci soient ou non incompatibles avec un accord visé. En fait, ce qui est en cause ici, c'est la « protection des attentes raisonnables ». Pour Carmody, « the starting point of a theory of WTO law is the realization that the principal aim of the WTO Agreement is the protection of expectations »²¹. L'obligation de conformité implique

¹⁸ OMC, *Inde – protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS50/AB/R (19 décembre 1997), par. 41 (ci-après « *Inde – Brevets* »).

¹⁹ Andrea HAMANN, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'OMC*, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2013, p. 273.

²⁰ *Inde – Brevets*, préc., note 18.

²¹ Chi CARMODY, « A theory of WTO law », (2008) 11 *J. Int. Economic Law* 1.

donc aussi la préservation des conditions de prévisibilité, laquelle permet aux parties de planifier leurs échanges futurs sur la base d'attentes raisonnables.

Contrairement au contrat privé classique, le manquement aux obligations de l'OMC ne résulte pas d'une faute²² : il peut simplement résulter du non-maintien des conditions de concurrence. En manquant à ses obligations, l'État partie à l'OMC viole les conditions de prévisibilité du système commercial multilatéral dans sa globalité. Et même dans le cas d'une absence de violation, tout comportement, action ou omission de l'État qui mettrait en péril l'équilibre de prévisibilité poursuivi serait susceptible d'action. D'où l'importance pour les États membres de maintenir leurs législations conformes et de faire en sorte qu'elles ne portent pas atteinte aux conditions de concurrence. De plus, les engagements contractuels doivent être multilatéraux.

2. La multilatéralisation des engagements réciproques

La multilatéralisation des engagements réciproques est une autre caractéristique du droit de l'OMC qui diverge de la relation contractuelle classique de droit privé. Ni les concessions réciproques ni les obligations qui en résultent pour les parties ne se limitent au cadre bilatéral. En effet,

in the typical relationship under international law one country exchanges obligations with another. The resulting obligations – and the expectations that arise from them – could be thought of as bilateral. However, under the WTO Agreement things are different. Many countries come to rely upon the obligations undertaken by one country and collective expectations result. Properly speaking then, WTO commitments are obligations *erga omnes* partes.²³

Parce qu'ils sont destinés à favoriser la prévisibilité du système commercial dans sa globalité et non la prévisibilité de la relation commerciale bilatérale, les engagements des États membres de l'OMC ne peuvent être envisagés que comme des engagements collectifs. De plus, en faisant de l'engagement unique le ciment sur lequel reposent les concessions, l'OMC impose *de facto* à ses États membres d'accepter les disciplines communes comme un tout indivisible. À cet égard, si les concessions sont négociées

²² En droit de l'OMC, on parlerait de situation de violation.

²³ C. CARMODY, préc., note 21, p. 1-31, p. 11.

sur une base de réciprocité et si lors de l'exécution des obligations, les engagements peuvent être bilatéralisés, cette bilatéralisation n'a « aucune incidence sur la conception multilatérale des obligations, et par-delà sur leur nature multilatérale »²⁴. Les concessions sont conçues comme étant « toutes inextricablement reliées entre elles, indivisibles et multilatérales »²⁵.

Le principe fondamental de l'OMC, qui est celui du traitement de la nation la plus favorisée (TNPF) prévu à l'article I:1 du GATT, prévoit en effet que: « [T]ous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes [...] »²⁶. La règle du TNPF institue ainsi une obligation générale de multilatéralisation des engagements pris par les États, et ce, immédiatement et sans condition. Conséquemment, tout manquement à l'une quelconque des obligations découlant du droit de l'OMC confère à tout membre un « intérêt pour agir » puisqu'il est considéré comme victime potentielle directe ou indirecte d'un manquement à une obligation découlant des Accords OMC, lequel intérêt lui permet de contester ledit manquement devant l'ORD. Bien entendu, l'intérêt ici visé n'a pas besoin d'être un intérêt juridique. En effet, pour l'Organe d'appel, « [...] ni l'article 3:3 ni l'article 3:7 du Mémoire d'accord, ni aucune autre disposition du Mémoire d'accord ne contiennent de prescription exigeant explicitement qu'un membre ait un « intérêt juridique » pour pouvoir demander l'établissement d'un groupe spécial »²⁷. C'est la consécration de la multilatéralisation des liens contractuels entre les États membres de l'OMC. L'Organe d'appel considère, au surplus, qu'étant donné « l'interdépendance croissante de l'économie mondiale [...] les membres ont plus que par le passé intérêt à faire respecter les règles de l'OMC, car il

²⁴ A. HAMANN, préc., note 19, p. 287.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947)*, 10 avril 1947, en ligne: <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gatt47.pdf> (consulté le 31 octobre 2016), art. I.

²⁷ OMC, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS27/R (22 mai 1997); OMC, *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS27/AB/R (9 septembre 1997), par. 132 et 136.

est probable, plus que jamais, que tout ce qui porte atteinte à l'équilibre négocié de droits et d'obligations aura des conséquences directes ou indirectes pour eux »²⁸.

La multilatéralisation des engagements fait en sorte que chacun des États membres de l'OMC a intérêt à faire respecter les règles de l'OMC en raison des possibles effets économiques directs ou indirects qu'il pourrait subir à la suite de la violation desdites règles par un État tiers²⁹. En ce sens, l'article 3:8 du Mémorandum d'accord prévoit que dès qu'« il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage ». Le *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*³⁰ institue ainsi une présomption selon laquelle une infraction aux règles entraîne immédiatement « une incidence défavorable pour d'autres membres parties à l'accord visé ». Par conséquent, tout membre possède, *ipso facto* et *ipso jure*, l'intérêt nécessaire pour agir. C'est ce qui fait dire à une certaine doctrine que les accords de l'OMC s'apparentent à un « bien mondial »³¹ servant les intérêts de tous les membres. En devenant potentiellement le gardien du respect des engagements de l'autre³², chacun des membres de l'OMC a intérêt à préserver l'équilibre ainsi établi. Il s'ensuit que la portée de l'obligation de conformité qui découle de l'appartenance au système commercial multilatéral peut être particulièrement étendue.

²⁸ *Id.*

²⁹ Voir également : OMC, États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS202/R (29 octobre 2001) ; OMC, États-Unis – Mesures de sauvegarde définitives à l'importation de tubes et tuyaux de qualité carbone soudés, de section circulaire, en provenance de Corée, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS202/AB/R (15 février 2002). Dans cette dernière affaire, la Corée a pu établir que les États-Unis avaient manqué à leurs obligations en matière de conformité établies par l'article 9:1 de l'Accord sur les sauvegardes bien que ce manquement portait préjudice non pas à la Corée en tant que telle mais à l'ensemble des pays en développement.

³⁰ *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, en ligne : <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu.pdf> (consulté le 31 octobre 2016) (ci-après « Mémorandum d'accord » ou « MARD »).

³¹ Yen Kong Ngangjoh HODU, *Theories and Practices of Compliance with WTO Law*, Leiden (Pays-Bas), Kluwer Law International, 2012, p. 107.

³² Hubert LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 348.

B. La portée de l'obligation de conformité

Les effets de l'obligation de conformité apparaissent dès l'adhésion d'un État membre à l'OMC et se poursuivent durant toute la relation conventionnelle.

1. L'étendue de la clause de conformité

Ce qu'Yves Nouvel a appelé « clause de conformité », ce sont des dispositions du type de celles de l'article XVI:4 de l'Accord instituant l'OMC qui a « pour objet la mise en conformité du droit interne au droit international »³³. En formulant la volonté d'être liés par les accords de l'OMC, les membres s'engagent à en respecter les obligations qui en découlent et dont la principale est celle de se conformer aux règles commerciales multilatérales. De ce point de vue, la conformité produit un effet d'obligation, lequel limite les pouvoirs normatifs des États. Il s'agit en réalité d'une clause à caractère général et obligatoire.

La clause de conformité « vise à régir le rapport entre la règle interne et la règle internationale et témoigne de l'exigence d'une prestation propre de l'État visant à incorporer la règle internationale à l'ordre juridique interne »³⁴, ce qui de toute évidence permet au droit de l'OMC de s'introduire dans les ordres juridiques internes des États aux fins de validation du respect de l'obligation de conformité. D'une part, l'État ne peut invoquer sa législation interne pour se soustraire à ses obligations conventionnelles. Dans l'affaire *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs*³⁵, les arbitres avaient jugé que « conformément au principe général du droit international *pacta sunt servanda*, tel qu'il est énoncé à l'article 26 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (1969), les États ne sont pas seulement présumés s'acquitter de leurs obligations conventionnelles de bonne foi, on attend d'eux qu'ils le fassent et ils sont tenus de le faire ». Aux

³³ Yves NOUVEL, « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC » (2002) 48 *Annuaire français de droit international* 657.

³⁴ *Id.*, 660.

³⁵ OMC, *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS222/R (28 janvier 2002); OMC, *Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux – Recours du Canada à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends et de l'article 4.11 de l'Accord SMC*, décision de l'arbitre de l'OMC, WT/DS222/ARB (17 février 2003).

termes de l'article 27 de la Convention de Vienne, les obligations découlant du droit interne ne peuvent donc pas dispenser les États de respecter leurs obligations internationales³⁶. À cette fin, aucune norme interne, incluant la Constitution de l'État qui est considérée comme la norme suprême dans les ordres juridiques internes, ne peut être invoquée pour justifier une violation des obligations internationales qui incombent à l'État en vertu d'un traité international dont il est signataire.

D'autre part, l'obligation de conformité comporte, pour l'État, l'exigence de faire correspondre sa législation interne de manière exacte aux règles multilatérales. Elle exige de sa part une action positive de mise en conformité. C'est l'interprétation qu'en fait l'Organe d'appel dans l'affaire *Hormone*³⁷ lorsqu'il décida qu'en adoptant une législation « sur la base de », il n'y avait pas conformité et que la conformité nécessite au contraire que la législation de l'État en question corresponde exactement à la règle internationale. La conformité induit donc de la part de l'État une attitude proactive. C'est pourquoi le groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*³⁸ avait accepté l'argument de l'Union européenne voulant que les termes « assurera » et « conformité » n'exigent pas simplement des membres « qu'ils confèrent officiellement au pouvoir exécutif le droit d'agir de façon conforme aux règles de l'OMC, mais les obligent à structurer leur législation d'une manière qui rende certaine la réalisation des objectifs des accords visés »³⁹. Le membre qui se conforme doit ainsi prendre des mesures visant à offrir à sa législation interne « une base juridique solide »⁴⁰ en ce qui concerne l'aménagement nécessaire requis pour s'acquitter de ses obligations qui s'apparentent à cet égard à des obligations positives⁴¹. En définitive, l'obligation de conformité au sens du droit de l'OMC met à la charge de l'État qui doit se conformer un double fardeau : celui de modifier sa législation qui fait obstacle à l'exécu-

³⁶ *Id.*, par. 3.104.

³⁷ *Id.*

³⁸ OMC, *États-Unis – Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS152/R (22 décembre 1999) (ci-après « *États-Unis – Articles 301* »).

³⁹ *Id.*, par. 4.23.

⁴⁰ *Id.*, par. 4.30.

⁴¹ OMC, *États-Unis – Loi anti-dumping de 1916*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS136/AB/R (28 août 2000), par. 78. Voir : Ernst-Ulrich PETERSMANN, « From negative to positive, integration in the WTO: Time for “Mainstreaming Human Rights” into WTO law? » (2000) 37 *Common Law Review* 1363.

tion du Traité de l'OMC et celui de modifier ses lois qui s'opposent potentiellement à la mise en œuvre des règles internationales, et ce, avant même la survenance d'un conflit. La portée de l'obligation de conformité peut ainsi s'avérer, dans la réalité quotidienne des États, particulièrement large.

2. Le contenu de l'obligation de conformité

La clause de conformité oblige l'État à maintenir son ordre juridique interne constamment en conformité avec les règles de l'OMC. Cette obligation exige de la part de l'État qu'il procède à des aménagements de son droit interne. Mais il subsiste la question des modalités de mise en œuvre qui, elles, paraissent moins explicitement établies que l'obligation de conformité elle-même. En effet, les États disposent de la marge de manœuvre nécessaire à l'exécution de leurs engagements internationaux. Ceci étant, cette marge de manœuvre est limitée par la nature de l'obligation de fond à laquelle ils sont astreints. En d'autres termes, la question se pose à savoir si l'obligation de conformité repose sur les moyens de mise en œuvre ou plutôt sur l'objectif à atteindre.

De manière générale, on va distinguer entre deux types d'obligations : l'obligation de comportement et l'obligation de résultat. Les deux coexistent dans le cadre du droit de l'OMC. Selon la Commission de droit international, les obligations de résultat sont des obligations internationales qui « [exigent] de l'État qu'il assure une certaine situation, un résultat déterminé, tout en lui laissant le soin d'y parvenir par des moyens de son choix »⁴². Les obligations de comportement, quant à elles, sont des obligations internationales qui requièrent que l'État « exerce une activité spécifiquement déterminée ou qu'il s'en abstienne »⁴³. La distinction entre les deux catégories d'obligation repose sur « le degré de liberté laissée au débiteur de l'obligation dans le choix des procédés par lesquels il peut l'exécuter »⁴⁴.

Dans le cadre de l'OMC, les dispositions renvoyant à l'obligation de comportement indiquent de manière très précise la mesure à prendre par l'État pour être considéré comme étant en conformité avec le droit de

⁴² CDI, *Annuaire de la Commission du droit international* (CDI), vol. II, 2^e partie, Doc. Off. N.U. A/CN.4/SER.A/1977/Add.1 (1977), p. 20, par. 1.

⁴³ *Id.*, p. 13, par. 1.

⁴⁴ Jean COMBACAU, *Obligations de résultat et obligations de comportement. Quelques questions et pas de réponse*, dans COLLECTIF, *Mélanges offerts à Paul Reuter: Le droit international, unité et diversité*, Paris, Pedone, 1981, p. 202.

l'OMC⁴⁵. Afin de se conformer à ce genre d'obligations, l'État doit aménager son droit interne selon les moyens prescrits par la disposition pertinente en adoptant les procédures et les dispositifs qui y sont indiqués⁴⁶. La non-adoption des modalités prescrites par le droit de l'OMC suffit à constater que l'État n'a pas rempli son obligation. En l'occurrence, l'État doit démontrer qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour assurer la mise en conformité de sa législation. En ce sens, l'article XXIV:12 du GATT prévoit au profit des régimes fédératifs que « chaque partie contractante prendra toutes mesures raisonnables en son pouvoir pour que, sur son territoire, les gouvernements et administrations régionaux et locaux observent les dispositions du présent Accord ». L'État n'a donc pas à apporter la preuve que le résultat poursuivi est atteint, mais simplement à démontrer qu'il s'en est donné les moyens. C'est pourquoi lorsque le groupe spécial a été amené à se prononcer sur l'article 5:7 de l'*Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)*⁴⁷, il s'est limité à vérifier si l'État s'est efforcé d'obtenir les résultats additionnels et non s'il est réellement parvenu à les obtenir⁴⁸.

À l'opposé, l'obligation de résultat insiste davantage sur les résultats prescrits. L'État est libre de choisir les moyens qu'il juge adaptés et nécessaires pour mettre en œuvre ses engagements internationaux. À titre d'exemple, l'obligation fondamentale de traitement national consacrée à l'article III du GATT octroie aux membres un large éventail de possibilités pour s'y

⁴⁵ L'article 61 prévoit en effet que: « Les membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives, et seront en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante. Dans les cas appropriés, les sanctions possibles incluront également la saisie, la confiscation et la destruction des marchandises en cause et de tous matériaux et instruments ayant principalement servi à commettre le délit. Les membres pourront prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale. »

⁴⁶ OMC, *Inde – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques et les produits chimiques pour l'agriculture*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS50/R (5 septembre 1997); OMC, *Inde – Brevets*, préc., note 18.

⁴⁷ *Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires*, 15 avril 1994, en ligne: <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/15-sps.pdf> (consulté le 31 octobre 2017).

⁴⁸ OMC, *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS291/R/Add.2 WT/DS292/R/Add.2 WT/DS293/R/Add.2 (29 septembre 2006).

conformer. Les États peuvent choisir les moyens qu'ils préfèrent afin d'accorder aux produits étrangers qui se trouvent sur leurs marchés un traitement égal à celui qui est accordé aux produits nationaux similaires. Dans son rapport concernant l'affaire *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, l'Organe d'appel avait indiqué que la question de savoir si un régime de taxation protégeait la production nationale consistait à déterminer « la manière dont la mesure en question [était] appliquée »⁴⁹. Ainsi, pour l'Organe d'appel, pour effectuer cet examen il était « nécessaire de procéder à une analyse globale et objective »⁵⁰. L'analyse tiendra compte, selon l'Organe d'appel, d'une série d'examen objectifs des critères à la base de la mesure fiscale particulière, sa structure et son application générale. C'est à la suite de cette série d'éléments qu'on pourra déterminer si la mesure est appliquée d'une manière qui confère une protection aux produits nationaux⁵¹. Dans cet exercice, il s'agit de savoir si l'État a favorisé sa production nationale au détriment des produits étrangers, et ce, indépendamment des moyens choisis par l'État pour arriver à cette fin. Ainsi donc, dans le cas d'une obligation de résultat, « c'est la réalisation in concreto d'un acte particulier qui constituera la violation, dès lors que cet acte ne correspond pas au résultat attendu »⁵². Le groupe spécial ou l'Organe d'appel appelé à la rescousse procèdent à un examen au cas par cas en tenant compte du contexte et de la comparaison entre le contenu de l'obligation et l'acte contesté pour établir le manquement à l'obligation de résultat. Mais, dans tous les cas de figure, la non-conformité est constitutive d'un fait internationalement illicite susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État en cause.

II. La non-conformité ou la commission d'un fait internationalement illicite

Le droit de l'OMC a déterminé de manière précise les éléments déclencheurs du fait internationalement illicite. Il peut résulter de violations par un État membre d'une règle de l'OMC, mais il peut également résulter de situations de non-violation. Ultimement, l'objectif poursuivi par le droit

⁴⁹ OMC, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques*, préc., note 16, p. 32.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ *Id.*, p. 33.

⁵² H. LESAFFRE, préc., note 32, p. 47.

de l'OMC est le maintien d'une conformité constante et permanente par ses États membres.

A. Les éléments établissant la non-conformité

Deux situations permettent d'établir la non-conformité : les situations où une action est enclenchée consécutivement à la violation d'une règle de l'OMC et les situations où l'action est déclenchée alors même qu'il n'y a pas de violation d'une règle particulière. Les cas de plainte en toute autre situation visés par l'article 26:2 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédure de règlement des différends* (MARD ou Mémoire d'accord) seront intégrés aux plaintes en situation de non-violation.

1. Les situations de violation d'obligations résultant du droit de l'OMC

En droit international public général, le manquement par un État à ses obligations entraîne sa responsabilité internationale. On parlera de fait illicite au sens du droit international et ce fait illicite entraîne pour l'État fautif des conséquences juridiques. Le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*⁵³ détermine les éléments constitutifs du fait internationalement illicite. Deux conditions cumulatives doivent ainsi être réunies : le comportement (action ou une omission) doit être attribuable à l'État et le comportement étatique doit constituer la violation d'une obligation internationale de l'État. Lorsque ces conditions sont réunies, l'État est considéré comme étant en situation de manquement à ses obligations internationales ou, plus exactement, en situation de non-conformité avec le droit international⁵⁴. Il suffit donc de prouver qu'un comportement imputable à l'État contrevient à une règle de nature conventionnelle ou coutumière pour établir que celui-ci s'est rendu coupable de la commission d'un fait internationalement illicite. Dans le régime du droit commun du DIP, la preuve du préjudice demeure la condition de mise en œuvre de la responsabilité de l'État⁵⁵.

Toutefois, l'engagement de la responsabilité internationale de l'État peut être établi autrement que sur le fondement du droit international public général. En effet, « dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'exis-

⁵³ Projet d'articles, préc., note 14.

⁵⁴ *Id.*, art. 12.

⁵⁵ P. DAILLIER, M. FORTEAU et A. PELLET, préc., note 2.

tence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international»⁵⁶, il est admis d'écarter les règles du Projet d'articles. Dans ces cas, il appartient à la *lex specialis*, en l'occurrence le droit de l'OMC, d'établir les éléments constitutifs de fait internationalement illicite.

Ainsi, dans le même esprit que le droit international public général, le droit de l'OMC considère comme constitutif d'un fait internationalement illicite, toute infraction aux obligations souscrites par les membres de l'OMC au titre d'un accord visé. Au surplus, l'article 3:8 du MARD fait peser la présomption qu'une infraction aux règles multilatérales a une incidence défavorable pour d'autres membres partie à l'accord visé. Cette présomption pèse sur l'État défendeur⁵⁷ : en d'autres termes, l'infraction ainsi commise est «présumée annuler ou compromettre un avantage»⁵⁸. La différence avec le droit international public apparaît déjà ici puisque la charge de la preuve ne pèse pas sur l'État demandeur. Contrairement à l'exigence de la preuve du préjudice de l'article 31 du Projet d'articles, en droit de l'OMC, toute infraction aux règles multilatérales est présumée causer un préjudice et toute violation entraîne en conséquence, soit non seulement l'engagement de la responsabilité de l'État auteur du manquement, mais aussi la mise en œuvre de cette responsabilité contre celui-ci.

Cette conception singulière de la responsabilité se comprend assez facilement si l'on tient compte de la conception très abstraite du préjudice en droit de l'OMC. Comme nous l'avions indiqué plus tôt, ce qui est en cause ici, c'est la préservation du lien contractuel et des conditions de concurrence. Quant au préjudice, à savoir l'annulation ou la réduction d'un avantage ou encore l'entrave d'un des objectifs des accords, il ne doit pas s'apprécier comme un préjudice matériel, mais bien comme un préjudice abstrait déconnecté des effets sur le commerce⁵⁹.

⁵⁶ Projet d'articles, préc., note 14, art. 55.

⁵⁷ Mémoire d'accord, préc., note 30, art. 3:8.

⁵⁸ OMC, *Communautés européennes – Subventions à l'exportation de sucre*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS265/AB/R; WT/DS266/AB/R; WT/DS283/AB/R (28 avril 2005), par. 296.

⁵⁹ OMC, *Argentine – Mesures visant l'exportation de peaux de bovins et l'importation de cuirs finis*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS155/R (19 décembre 2000); OMC, *Canada – Certaines mesures concernant les périodiques*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS31/AB/R (30 juin 1997).

Quid alors de l'élément subjectif de l'imputabilité auquel fait référence l'article 2 du Projet d'accord ?

Il ne nous apparaît pas à lecture des accords de l'OMC que les États membres de l'OMC aient porté une attention particulière à cet élément compte tenu du fait que les destinataires de ce droit sont clairement connus. Toutefois, il est clair, à la lecture de l'article 22:9 du MARD, que la responsabilité d'un État sera retenue pour les actes commis par ses autorités décentralisées⁶⁰.

En référant aux actions d'un État, il est indéniable qu'elles incluent les actions prises par les autorités décentralisées de ce membre. Toutefois, le principe selon lequel seul un acte imputable à l'État est susceptible d'engager sa responsabilité a été consacré par la jurisprudence dans l'affaire *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, où le groupe spécial avait déclaré que « le gouvernement [d'un] membre défendeur [n'était] responsable que de ce qu'il [avait] lui-même causé »⁶¹. L'Organe d'appel a indiqué dans cette même affaire qu'« en principe, tout acte ou omission imputable à un membre de l'OMC [pouvait] être une mesure de ce membre aux fins d'une procédure de règlement des différends »⁶².

Ne nous y trompons pas toutefois. Si seul l'État est responsable à l'égard des partenaires commerciaux, c'est justement parce qu'il est le seul sujet reconnu par ce droit et, en tant que tel, il assume les comportements de ses autorités déconcentrées ou décentralisées.

⁶⁰ Mémoire d'accord, préc., note 30, art. 22:9: « Les dispositions des accords visés relatives au règlement des différends pourront être invoquées pour ce qui est des mesures affectant l'observation desdits accords prises par des gouvernements ou administrations régionaux ou locaux sur le territoire d'un membre ».

⁶¹ OMC, *Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS315/AB/R (31 mars 1998), par. 10.50 (ci-après « *Japon – Pellicules* »).

⁶² OMC, *États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS244/AB/R (15 décembre 2003), par. 33 et par. 81.

2. Les situations de non-violation d'obligations résultant du droit de l'OMC

Le contraste avec le droit international public général en matière de responsabilité est encore plus évident lorsqu'on se penche sur les dispositions du MARD prévoyant des possibilités d'actions en cas de non-violation. Il est acquis qu'en DIP, «le fondement de la responsabilité réside dans le comportement illicite du sujet de droit international indépendamment de toute situation relative à la faute ou au dommage»⁶³. En DIP, l'engagement de la responsabilité suppose un fait illicite imputable au sujet de droit international. Le fait illicite résulte d'un manquement, autrement dit de la violation d'une obligation internationale, laquelle se manifeste par une action ou une omission, soit par l'adoption d'une législation ou l'absence de celle-ci. Comme l'a relevé Brownlie, «in the case of treaty obligations, the acts and omissions of legislature are *ipso facto* creative of responsibility»⁶⁴.

La Commission de droit international étudie depuis plusieurs années un projet de « [r]esponsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international »⁶⁵. Cependant, cette étude n'a pas encore permis de dégager une obligation claire de réparation des conséquences dommageables des activités que le droit international n'interdit pas. Il n'y a donc toujours pas de codification d'un régime de responsabilité objective « pour fait licite » ni d'instrument contraignant en la matière⁶⁶. Or, en droit de l'OMC, le fait

⁶³ Voir à ce propos les développements de Hervé Agbodjan PRINCE, *Le droit de l'OMC et l'agriculture: Analyse critique et prospective du système de régulation des subventions agricoles*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2012, p. 302 et suiv.

⁶⁴ Ian BROWNLIE, *Principles of public international law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, p. 370.

⁶⁵ CDI, *Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international* (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses), Doc. off. N.U., A/CN.4/516 (2001).

⁶⁶ Notons toutefois qu'un projet relatif à la « la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses » avait été adopté en 2001 et un autre établissant « [l]a responsabilité internationale en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses » en 2006. Il ressort de ces travaux que la CDI a davantage « établi un régime de responsabilisation de l'État en lui imposant une obligation générale de prévention plus qu'un réel régime général de responsabilité pour risque qui n'existe donc pas pour l'heure ». Voir à ce propos: Séverine NADAUD, *La responsabilité internationale en matière d'environnement*, en ligne: <http://www.foad-mooc.auf.org/IMG/pdf/module_15.pdf> (consulté le 20 octobre 2016). Voir également: Christian G. CAUBET,

illicite peut être constitué indépendamment de la violation. Les plaintes de non-violation se fondent sur l'article XXIII(1)(b) du GATT, qui établit la possibilité de contester le comportement d'un membre de l'OMC lorsque celui-ci « applique une mesure, contraire ou non » aux accords de l'OMC, du moment qu'on considère que cette mesure annule ou compromet un avantage résultant desdits accords ou entrave de fait la réalisation de l'un de leurs objectifs.

En d'autres termes, un État membre de l'OMC peut tenter une action devant l'ORD dans les cas où il considère qu'un avantage résultant pour lui, directement ou indirectement, d'un accord en particulier se trouve annulé ou compromis, ou que la réalisation de l'un des objectifs dudit accord est entravé du fait qu'un membre applique une mesure, contraire ou non aux dispositions de l'accord visé⁶⁷. On comprend donc que la plainte est admise alors même qu'il n'y a pas de violation d'une disposition des accords de l'OMC. Le Groupe spécial dans l'affaire *Japon – Pellicules*⁶⁸ a résumé les critères pouvant fonder les plaintes en situation de non-violation : l'application d'une mesure par un membre de l'OMC, l'existence d'un avantage résultant de l'accord applicable et l'annulation ou la réduction d'avantage du fait de l'application de la mesure. Dans l'affaire *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, le groupe spécial avait ajouté que la mesure contestée doit être contraire aux attentes raisonnables qu'avait la partie plaignante au moment de la conclusion de l'accord⁶⁹. La situation paraît toutefois intrigante d'attirer devant l'ORD un État alors même qu'il n'a pas violé de règle particulière.

En effet, dans l'affaire *Inde – Brevets*, l'Organe d'appel avait considéré qu'une « législation nationale [pouvait] démontrer l'existence de faits et d'une pratique d'un État. Mais elle [pouvait] aussi montrer le respect ou le non-respect d'obligations internationales »⁷⁰. Un groupe spécial a toutefois considéré qu'« une loi en tant que telle, indépendamment de son applica-

« Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », (1983) 29 *Annuaire français de droit international* 99.

⁶⁷ Mémoire d'accord, préc., note 30, art. 26.

⁶⁸ OMC, *États-Unis – Réexamen à l'extinction des droits antidumping appliqués aux produits plats en acier au carbone traité contre la corrosion en provenance du Japon*, préc., note 62.

⁶⁹ OMC, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS163/R (1^{er} mai 2000), par. 7.85.

⁷⁰ *Inde – Brevets*, préc., note 18, p. 29.

tion dans un cas précis, peut être incompatible avec les règles de l'OMC »⁷¹. Dans l'affaire *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation du tabac sur le marché intérieur*⁷², un groupe spécial a apporté quelques nuances en jugeant « qu'une législation qui rendait obligatoires des mesures incompatibles avec l'Accord général pouvait être contestée en tant que telle, mais qu'une législation qui donnait seulement à l'exécutif d'une partie contractante la faculté d'agir de façon incompatible avec l'Accord général ne pouvait pas en soi être contestée ; seule l'application effective de cette législation de façon incompatible avec l'Accord général pouvait être contestée »⁷³. Cette nuance relativise quelque peu la portée de l'article 26 du MARD dans la mesure où seule la loi qui rendrait obligatoire un comportement incompatible avec les règles de l'OMC serait considérée comme non conforme, indépendamment de son application. Cela semble logique à la lumière de l'impact direct que peut avoir cette mesure sur les conditions de concurrence de l'ensemble des membres avec l'État qui adopte cette loi. L'argument de l'Union européenne dans l'affaire *États-Unis – Articles 301* est évocateur à cet égard. Dans cette affaire, l'UE avait émis l'idée que :

La simple existence d'une législation imposant des règles (incompatibles avec les règles de l'OMC) introduirait inévitablement un élément constant d'incertitude, d'insécurité et d'imprévisibilité dans les relations commerciales entre les membres et ne pourrait en aucune façon être considérée comme l'exécution de « bonne foi » des obligations du membre au regard de l'OMC, au titre de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et (encore moins) au titre de la règle plus contraignante énoncée à l'article XVI:4 de l'Accord de Marrakech.⁷⁴

L'argument de l'UE est intéressant. Par contre, lorsqu'une mesure adoptée confère à l'appareil exécutif d'un membre un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'adopter un comportement conforme ou non conforme aux règles de l'OMC, la bonne foi doit être présumée. La mesure ne sera considérée comme « illégale » que si elle est appliquée de manière contraire aux engagements conventionnels du membre en question.

⁷¹ *Id.*

⁷² OMC, *États-Unis – Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation de tabac sur le marché intérieur*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, IBDD, S41/I/145 (4 octobre 1994).

⁷³ *Inde – Brevets*, préc., note 18, p. 118.

⁷⁴ *États-Unis – Articles 301*, préc., note 38, par. 4.42.

La plainte en situation de non-violation semble donc impliquer une certaine idée de bonne foi⁷⁵ qui doit guider les relations commerciales internationales. Dans cette même logique, le préjudice a été assimilé par la jurisprudence de l'OMC au « bouleversement du rapport de concurrence [...] »⁷⁶ et non à une perte « quantitative » dans le volume des échanges. Ainsi que le notait justement le groupe spécial, « les concessions tarifaires n'ont jamais été regardées comme génératrices d'une garantie de volume des échanges, mais [...] comme génératrices d'une attente quant aux rapports de concurrence »⁷⁷. Les concessions commerciales ont été faites par les États aussi parce qu'ils en espèrent raisonnablement des retombées quant aux rapports de concurrence.

Finalement, on peut inférer que la conformité au sens du droit de l'OMC implique tout à la fois un comportement objectif et subjectif dans la mesure où les États doivent non seulement respecter leurs engagements, mais ils doivent aussi anticiper les attentes raisonnables de leurs partenaires commerciaux. Comme le constate Lesaffre, « l'atteinte à une attente légitime peut donner lieu à une action, alors même qu'elle n'est pas constitutive d'un fait illicite », ce qui constitue une différence majeure d'avec le droit commun de la responsabilité⁷⁸. Ne pas prendre en considération ces attentes est aussi constitutif de défaut de conformité. La conformité doit être vue à cet égard comme un comportement garantissant non pas le commerce des membres ou un certain volume d'échanges pour ceux-ci, mais bien leur liberté de se livrer au commerce⁷⁹ en maintenant des rapports de concurrence qui correspondent à leurs attentes.

Cela étant dit, les États ne peuvent par eux-mêmes constater l'illicéité : celle-ci est portée devant l'ORD chargé de déterminer les conséquences juridiques de la non-conformité⁸⁰. L'ORD dispose en ce sens des pouvoirs nécessaires pour contrôler les manquements à la conformité des États au cadre juridique multilatéral.

⁷⁵ OMC, *Corée – Mesures affectant les marchés publics*, préc., note 69.

⁷⁶ *Japon – Pellicules*, préc., note 61, par. 10.82.

⁷⁷ *Id.*, par. 10.38.

⁷⁸ H. LESAFFRE, préc., note 32, p. 115.

⁷⁹ « The freedom to trade », expression tirée de : C. CARMODY, préc., note 21, p. 10.

⁸⁰ Roberto AGO, Rapporteur spécial du CDI, *Deuxième rapport sur la responsabilité des États*, vol. II, Doc. Off. N.U., A/CN.4/233 (1970), p. 190, par. 7.

B. L'obligation de conformité: constante et permanente

Deux mécanismes particuliers permettent d'assurer la constance et la permanence de l'obligation de conformité: le processus de mise en conformité et, le cas échéant, le contentieux de la mise en œuvre.

1. Les mécanismes de mise en conformité

Le MARD institue une procédure de mise en œuvre des décisions et recommandations de l'ORD au terme de laquelle le membre pris en défaut de conformité doit mettre en œuvre la décision. Selon Prince, la mise en œuvre des décisions et recommandation de l'ORD est soumise à un contrôle qui se déroule en deux phases: la phase juridictionnelle qui se déroule devant les groupes spéciaux, et l'Organe d'appel et la phase politique qui se déroule devant l'ORD dans le cadre du suivi de ses recommandations ou décisions par tous les États membres de l'OMC⁸¹. Lorsque les organes juridictionnels de l'OMC concluent qu'une mesure prise par un membre de l'OMC est incompatible avec un accord visé, ils recommandent que l'État mis en cause mette en conformité sa mesure avec l'accord violé⁸². Mais si les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont l'obligation de faire des recommandations de mise en œuvre, ils ne peuvent que suggérer aux membres des moyens de mise en œuvre⁸³. Dans l'affaire *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, le groupe spécial avait refusé de donner suite à la demande du Japon qui réclamait la recommandation de l'abrogation de la loi américaine jugée non conforme. Le groupe spécial avait déclaré que conformément à l'article 19:1, « le type de recommandations [qu'il est autorisé] à formuler se limite à recommander que le membre concerné rende la mesure en cause conforme aux accords de l'OMC pertinents »⁸⁴.

Les recommandations soumises aux autorités politiques que constitue l'ORD y seront adoptées et opposables aux États membres de l'OMC. En tant que décision de l'ORD, ces recommandations sont revêtues de l'autorité de la chose jugée, deviennent obligatoires et contraignantes pour les

⁸¹ H. A. PRINCE, préc., note 63, p. 289.

⁸² Mémoire d'accord, préc., note 30, art. 19.

⁸³ OMC, *Guatemala-Enquête antidumping concernant le Ciment Portland en provenance du Mexique*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS60/R (19 juin 1998), par. 7.65-7.66.

⁸⁴ OMC, *États-Unis – Loi antidumping de 1916*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS162/R (29 mai 2000), par. 6.291.

parties qui n'ont d'autre choix que de les accepter. L'article 17:14 du MARD indique qu'« un rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend », ce que l'Organe d'appel a déjà eu l'occasion de confirmer⁸⁵. La décision acquiert un caractère définitif, non pas dans le sens qu'il n'y a pas de possibilité d'appel ni qu'un rapport constitue l'étape finale au stade d'une procédure consacrée à l'examen en appel : le caractère définitif de la décision signifie que les parties ne peuvent soumettre leur acceptation du rapport de l'Organe d'appel à aucune condition⁸⁶.

Concrètement, la mise en conformité entraîne pour l'État le retrait de la mesure incriminée ou son ajustement de façon à la rendre compatible avec l'accord violé. Aux obligations conventionnelles des parties vient ainsi s'ajouter une obligation dérivée consistant en la conformité aux recommandations émises. La décision de l'ORD précisant le contenu de l'engagement conventionnel en cause et l'étendue de l'aménagement du droit interne. L'article 21 du MARD a fixé les délais de mise en œuvre. Celle-ci doit se faire immédiatement ou, à défaut, dans un délai raisonnable. En général, l'ORD se fie à la bonne foi⁸⁷ de la partie incriminée pour établir le délai raisonnable. À défaut, ce dernier est établi par arbitrage contraignant⁸⁸. La détermination du caractère raisonnable du délai fait en sorte que les arbitres peuvent décider de prendre en considération certaines circonstances particulières pertinentes. Il en sera ainsi par exemple lorsque les mécanismes internes de mise en œuvre exigent des procédures complexes⁸⁹ ou lorsque

⁸⁵ OMC, États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes- Recours de la Malaisie à l'article 21(5) du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, OMC Doc. WT/DS285/13 (19 août 2005), par. 97.

⁸⁶ OMC, États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris – Recours d'Antigua-et-Barbuda à l'article 21:5 du *Mémorandum d'accord sur le règlement des différends*, OMC Doc. WT/DS285/RW (30 mars 2007), par. 6.51-6.52.

⁸⁷ *Mémorandum d'accord*, préc., note 30, art. 4:3.

⁸⁸ États-Unis – Mesures antidumping appliquées à certains produits en acier laminés à chaud en provenance du Japon- Arbitrage au titre de l'article 21:3c) du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, décision de l'arbitre de l'OMC Florantina Féliciano, WT/DS184/13 (19 février 2002), par. 39.

⁸⁹ Canada-Durée de la protection conférée par un brevet- Arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, décision de l'arbitre de l'OMC Claus-Dieter Ehlermann, WT/DS170/10 (28 février 2001), par. 44.

l'État mis en cause est un pays en développement⁹⁰. De plus, lorsque la mesure incriminée est une subvention prohibée au titre de l'*Accord sur les subventions et mesures compensatoires* (SMC)⁹¹, le délai est beaucoup plus court compte tenu de la nature intrinsèquement attentatoire de la subvention prohibée. Hormis le cas des subventions prohibées où le délai raisonnable est fixé à six mois, de manière générale, le délai raisonnable est fixé à quinze mois et les arbitres n'ont pas tendance à les rallonger. Au contraire, ils ont plutôt tendance à les raccourcir⁹², attachés peut-être à l'idée d'un règlement rapide des différends⁹³.

Le contentieux de la mise en conformité n'apparaît réellement qu'en cas de désaccord entre les parties sur les modalités de mise en œuvre, soit parce qu'il y a désaccord au sujet de l'existence d'une mesure prise pour se conformer, soit sur la compatibilité de ces mesures avec les dispositions de l'accord visé. Il s'agit en effet, pour les organes juridictionnels dans le cadre de cette procédure, de se prononcer sur « les mesures qui ont été ou auraient dû être adoptées par un membre pour faire en sorte d'observer les recommandations et décisions de l'ORD »⁹⁴. En ce sens, la procédure de la mise en conformité apparaît complètement disjointe de la procédure initiale de règlement des différends et les faits pertinents peuvent être complètement différents de ceux évoqués dans la procédure initiale. Il s'agit pour l'organe juridictionnel saisi de vérifier la compatibilité des mesures de mise en œuvre adoptées par l'État en cause avec l'accord visé pour s'assurer qu'elles ont été effectivement appliquées. L'objectif visé par l'article 21 du MARD consiste donc ultimement à éliminer de manière effective les effets défavorables attachés à la mesure contestée. On pourrait alors assez

⁹⁰ *Indonésie-certaines mesures affectant l'industrie automobile-arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, décision de l'arbitre de l'OMC Christopher Beeby, WT/DS54/15; WT/DS55/14; WT/DS59/13; WT/DS64/12 (7 décembre 1998), par. 23-25.

⁹¹ *Accord sur les subventions et mesures compensatoires* en ligne: <https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/24-scm.pdf> (consulté le 31 octobre 2016).

⁹² *Communautés européennes-régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes- arbitrage au titre de l'article 21:3c) du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, décision de l'arbitre de l'OMC Saïd El-Naggar, WT/DS27/17 (7 janvier 1998), par. 18-20.

⁹³ H. A. PRINCE, préc., note 63, p. 289.

⁹⁴ OMC, *Canada-Mesures visant l'exportation des aéronefs civils-recours du Brésil à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, rapport de l'Organe d'appel de l'OMC, WT/DS70/AB/RW (21 juillet 2000), par. 36.

légitimement se demander si cette procédure de mise en conformité prévue par le droit de l'OMC n'aboutit pas, comme en droit international public, à une procédure de réparation.

Dans l'affaire de l'usine de Chorzow⁹⁵, la Cour permanente de justice internationale (CPJI) avait jugé que la réparation est une conséquence évidente de la violation par un État de ses obligations internationales. La réparation prend la forme soit d'une restitution en nature, soit d'une indemnisation ou se traduit par une forme de réparation par satisfaction, assurances et garanties de non-répétition accordées séparément ou de manière conjointe⁹⁶. La réparation au sens du droit international public doit donc « autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »⁹⁷.

En droit de l'OMC, si le principe d'une réparation est admis, celle-ci doit être envisagée soit comme une compensation, soit par le biais de suspension de concessions ou d'autres obligations⁹⁸. Mais ces mesures ne peuvent être assimilées à la réparation au sens où l'entend la CPJI. D'une part, parce que la compensation ou la suspension d'avantages sont des mesures temporaires et, d'autre part, parce que ces mesures sont volontaires. En droit de l'OMC, en cas de constatation d'une violation et donc de commission de fait internationalement illicite, l'objectif prioritaire n'est pas la réparation, mais plutôt le retrait de la mesure non conforme⁹⁹. En cas de constatation de l'annulation d'un avantage résultant d'une mesure conforme s'y ajoute l'ajustement mutuellement satisfaisant de la mesure en cause¹⁰⁰. Pour reprendre les termes de Dominicé, « il ne s'agit pas en

⁹⁵ *Affaire de l'usine de Chorzow*, Affaire n°13, (13 septembre 1928), C.P.J.I. Recueil Série A, n° 17, p. 47, en ligne : <<http://cdi.lyon3.free.fr/doc/1928-CPJI-Usine%20de%20Chorzow.pdf>> (consulté le 31 octobre 2017).

⁹⁶ *Affaire du navire Saiga* (Saint-Vincent-et-les-grenadines c. Guinée), Affaire n°2, arrêt, (1^{er} juillet 1999), par. 171 (Tribunal international du droit de la mer), en ligne : <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/Judgment.01.07.99.Fpd> (consulté le 31 octobre 2017).

⁹⁷ *Affaire de l'usine de Chorzow*, préc., note 95.

⁹⁸ Mémoire d'accord, préc., note 30, art. 22.

⁹⁹ L'article 3(7) du Mémoire prévoit qu'« [...] en l'absence d'une solution mutuellement convenue, le mécanisme de règlement des différends a habituellement pour objectif premier d'obtenir le retrait des mesures en cause [...] », *id.*

¹⁰⁰ L'article 26(1)(b) du Mémoire d'accord prévoit que « dans les cas où il a été constaté qu'une mesure annule ou compromet des avantages résultant de l'accord visé en

réalité d'une réparation. Ce qui est requis, c'est le retour à l'attitude exigée par le droit, la cessation du comportement illicite.»¹⁰¹ Alors qu'en droit international, la réparation vise à effacer aussi bien tous les effets passés que futurs du fait illicite, en droit de l'OMC le principe est celui de l'absence d'effet rétroactif des mesures correctives. En ce sens, le Groupe spécial dans l'affaire *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, avait reconnu « la pratique bien établie du GATT/OMC suivant laquelle les mesures correctives ont généralement un caractère prospectif »¹⁰². Hormis les seuls cas de subventions prohibées où les groupes spéciaux ont admis que les mesures correctives envisagées au titre de l'article 4:7 de l'Accord SMC ne sauraient se limiter à une action purement prospective¹⁰³, la réparation au sens du droit de l'OMC ne joue que pour l'avenir. Comme l'ont indiqué les Communautés européennes dans l'affaire *États-Unis – Article 129 c)1) de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, « les mesures correctives dans le cadre de l'OMC offriront des possibilités de marché pour l'avenir au lieu d'accorder une réparation ou une compensation au sens du droit international public »¹⁰⁴.

Cette conception prospective de la réparation est compréhensible compte tenu de l'objectif visé par la procédure de mise en conformité. L'objectif visé par l'OMC est de préserver la conformité du droit interne des États aux engagements contractés dans le cadre multilatéral. C'est pourquoi l'OMC a institué un contentieux de la mise en œuvre afin de maintenir à l'intérieur de ses États membres, un cadre juridique qui soit, de

l'espèce ou entrave la réalisation des objectifs dudit accord, sans qu'il y ait violation de celui-ci, il n'y a pas obligation de la retirer. Toutefois, dans ces cas, le groupe spécial ou l'Organe d'appel recommandera que le membre concerné procède à un ajustement mutuellement satisfaisant », *id.*

¹⁰¹ Christian DOMINÉ, *Observations sur les droits de l'État victime d'un fait internationallement illicite*, I.H.E.I., Droit international 2, Paris, Pedone, 1982, p. 27.

¹⁰² OMC, *États-Unis – Mesures à l'importation de certains produits en provenance des Communautés européennes*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS165/R (17 juillet 2000), par. 6.106.

¹⁰³ OMC, *Australie-subventions accordées aux producteurs et exportateurs de cuir pour automobiles-recours des États-Unis à l'article 21:5 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS126/RW (21 janvier 2000), par. 6.24; H. A. PRINCE, préc., note 63, p. 289.

¹⁰⁴ OMC, *États-Unis – Article 129 c)1) de la Loi sur les Accords du Cycle d'Uruguay*, rapport du Groupe spécial de l'OMC, WT/DS221/R (15 juillet 2002), par. 4.7.

manière constante et permanente, conforme à leurs engagements internationaux.

2. Le contentieux de la mise en œuvre

Si le contentieux de la mise en conformité intervient en cas de désaccord sur l'existence ou la compatibilité des mesures de mise en œuvre, il en est quelque peu différemment du contentieux de la mise en œuvre. Certes, le contentieux de la mise en œuvre contribue à la mise en œuvre de la décision émanant de l'ORD, mais il vise surtout à assurer une certaine forme de garantie quant à l'exécution de la décision. Il ne s'agit pas ici de constater la force obligatoire de la décision de l'ORD mais, plutôt, sa force exécutoire. Ainsi se cumulent, dans cette phase, les fonctions juridictionnelle et exécutoire de l'ORD en vue d'assurer la mise en œuvre effective de la décision.

D'une part, l'ORD se mue en organe juridictionnel pour constater et sanctionner la non-conformité, d'autre part, il déploie sa force exécutoire qui prolonge la phase juridictionnelle jusqu'à la mise en œuvre de l'exécution. De cette manière, «la mise en œuvre n'est pas laissée à la complète discrétion des États membres. Elle est au contraire vue comme une troisième phase caractérisée par une centralisation de la surveillance, au point qu'on peut sans doute parler de surveillance multilatérale de l'exécution»¹⁰⁵. La surveillance multilatérale de la conformité s'effectue ainsi à deux niveaux. D'abord au niveau de la vérification du respect par l'État défaillant des recommandations des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel, ensuite au niveau de la procédure de «sanction» des manquements à ces recommandations¹⁰⁶. Dans la phase visant à assurer le respect des recommandations et décisions de l'ORD, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel y ont un rôle central, lequel est mis en exergue dans le contentieux de mise en conformité décrit ci-dessus. De plus, le manquement à la non-conformité dans le délai raisonnable peut donner lieu à des contre-mesures autorisées par l'ORD : « [T]ant qu'elles respectent les principes du droit international général, les contre-mesures sont des actes licites en ce sens qu'elles constituent une riposte légitime à un acte illicite d'un État »¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Hélène RUIZ FABRI, «Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce», (2000) 2 *Journal de droit international* 606.

¹⁰⁶ H. LESAFFRE, préc., note 32.

¹⁰⁷ H. A. PRINCE, préc., note 63, p. 307.

L'autorisation par l'ORD permettant à la partie demanderesse de prendre des contre-mesures contre l'État récalcitrant s'inscrit dans le rôle de surveillance multilatérale que se donne l'ORD. Ici encore, les contre-mesures n'ont pas pour effet de punir l'État défaillant : elles doivent être appropriées, c'est-à-dire équivalentes au niveau de préjudice subi¹⁰⁸. En autorisant des contre-mesures appropriées, l'ORD entend ainsi préserver l'équilibre des avantages réciproques entre tous les États membres de l'OMC.

Par ailleurs, la surveillance multilatérale de la conformité s'opère par l'obligation qui pèse sur les membres de soumettre régulièrement à l'ORD des rapports de situation sur la mise en œuvre des recommandations des juges conformément à l'article 21:6 du Mémoire d'accord. Dans sa mission de surveillance multilatérale, l'ORD doit s'assurer que les suspensions de concessions n'interviennent qu'après que la persistance de la non-conformité ait été constatée. Ce faisant, il limite les pouvoirs de l'État demandeur et les conditions d'imposition des contre-mesures.

Il en va ainsi de la mission de l'ORD en matière de conformité : s'assurer de la force obligatoire de la décision, mais également de sa force exécutoire dans une forme de collaboration utile entre les organes juridictionnels et politiques chargés de la mission de donner effet à l'obligation de conformité qui pèse sur les États membres de l'OMC.

*
* * *

En définitive, la présente recherche aura démontré que l'approche adoptée en matière de conformité en droit international public diffère assez nettement du traitement qui peut en être fait en droit des affaires, où le concept de conformité peut tout à la fois renvoyer à des normes de *soft law* que de *hard law*. En droit international public général comme en droit de l'OMC, la conformité induit, pour les États, des comportements qui leur laissent très peu de marge de manœuvre. Plus spécifiquement, en droit de

¹⁰⁸ Lorsqu'on se situe dans le cadre des subventions prohibées, le caractère équivalent de la contre-mesure au niveau du préjudice subi doit être relativisé. En effet, les arbitres ont jugé qu'en l'espèce, il ne s'agit pas d'équivalence mais plutôt de « proportion ». Voir : OMC, *États-Unis- Traitement fiscal des « sociétés de ventes » à l'étranger- Recours des États-Unis à l'arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, décision de l'arbitre de l'OMC, WT/DS108/ABR (30 août 2002), par. 5.5-5.6.

l'OMC, la conformité induit pour chaque membre l'obligation de maintenir non seulement sa législation interne conforme à ses engagements multilatéraux, mais aussi de maintenir intactes les conditions de concurrence anticipées par toutes les parties contractantes. L'obligation de conformité est due non simplement envers un ou quelques États spécifiquement, mais bien envers la collectivité des membres de l'OMC. La législation interne doit être constamment maintenue conforme de manière à ne pas contrevenir à la prévisibilité et aux attentes raisonnables des membres. Plus qu'un état de fait, la conformité correspond bien à un « processus » ou une « quête »¹⁰⁹. Ce processus est constamment maintenu sous la loupe d'un ORD dont les décisions sont dotées de la force obligatoire, mais également de la force exécutoire nécessaires pour assurer de manière effective la mise en œuvre de ses décisions. C'est en cela que l'OMC se révèle comme une organisation internationale originale dans son *modus operandi*, puisqu'elle se démarque par le degré de conformité qu'elle exige de la part de ses États membres. Bien entendu, le niveau de conformité n'est pas toujours intégral et absolu puisqu'on peut parfois y échapper par l'octroi de compensations, de contre-mesures ou d'accords politiques au point d'amener certains à considérer que « compliance is the “preferred” option, but ultimately States can maintain their policies that breach the trade rules and simply accept retaliatory actions from injured states. »¹¹⁰ Mais ni la compensation ni les contre-mesures ne constituent des solutions définitives en droit de l'OMC, pas plus que le règlement à l'amiable n'exonère les États de leurs obligations de conformité. Ces dispositifs doivent être perçus comme de simples « *systematic safety valve* »¹¹¹, une sorte de compromis entre la sécurité juridique et la flexibilité politique nécessaire. En tout état de cause, la conformité constitue la trame de fond à partir de laquelle est bâtie l'OMC et elle innerve l'ensemble de ses ramifications normatives et fonctionnelles.

¹⁰⁹ Julien CHAISSE, « Deconstructing the WTO Conformity Obligation-A Theory of Compliance as a Process », (2015) 38 *Fordham International Law Journal* 57.

¹¹⁰ Adam CHILTON et Rachel BREWSTER, « Supplying Compliance: Why and When the United States Complies with WTO Rulings », (2014) 30 *The Yale journal of international law* 201.

¹¹¹ Claus D. ZIMMERMANN, « Toleration of Temporary Non-Compliance: The Systematic Safety Valve of WTO Dispute Settlement Revisited », (2011) 3 *Trade, Law and Development* 382.

