

Mise en conformité avec les recommandations et décisions de l'ORD

Mise en conformité dans les moindres délais

Si une plainte pour violation aboutit, l'adoption du ou des rapport(s) du groupe spécial (et de l'Organe d'appel) par l'ORD conduit à adresser au défendeur une «recommandation ou décision» de l'ORD pour qu'il rende sa ou ses mesure(s) conforme(s) à l'accord visé pertinent (article 19:1 du Mémorandum d'accord).¹

L'article 21:1 du Mémorandum d'accord dispose que, pour que les différends soient résolus efficacement dans l'intérêt de tous les Membres, il est indispensable de donner suite dans les moindres délais aux recommandations ou décisions de l'ORD. Le concept de «mise en conformité» ainsi que celui de «mise en œuvre» ont été interprétés comme étant le retrait² ou la modification de la mesure incompatible avec les règles de l'OMC, ou d'une partie de cette mesure.³ Cela signifie

¹ Dans le cas où une plainte en situation de non-violation aboutit, la recommandation sera de trouver un ajustement mutuellement satisfaisant (article 26 du Mémorandum d'accord). Dans le contexte des plaintes en situation de non-violation, «[i]l ne s'agit pas en définitive d'obtenir le retrait de la mesure en cause, mais d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant, généralement au moyen d'une compensation». Rapport de l'Organe d'appel *Inde – Brevets (États-Unis)*, paragraphe 41 et note de bas de page 29 y relative. Dans les affaires où la mesure incompatible avec les règles de l'OMC a été prise par des gouvernements ou administrations régionaux ou locaux sur le territoire d'un Membre, le défendeur doit prendre toutes les mesures raisonnables en son pouvoir pour faire en sorte que lesdites règles soient observées. Lorsque cela ne s'avère pas possible, les dispositions relatives à la compensation et à la suspension de concessions ou d'autres obligations seront d'application. Mémorandum d'accord sur l'interprétation de l'article XXIV du GATT de 1994, en ce qui concerne l'article XXIV:12 du GATT de 1994.

² L'article 3:7 du Mémorandum d'accord dispose que, 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 jugées incompatibles avec le droit de l'OMC.

³ Décision de l'arbitre *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (article 21:3 c)), paragraphe 49.

qu'un Membre de l'OMC dont la mesure a été jugée incompatible avec les accords visés peut généralement choisir entre deux moyens d'action: le retrait de la mesure ou sa modification par une action corrective. Même si le retrait de la mesure peut être l'option préférée pour «donner suite dans les moindres délais», il peut parfois s'avérer irréalisable. Le défendeur peut aussi choisir de modifier la mesure, à condition que cela soit fait dans le délai le plus court possible et que cette modification soit compatible avec les règles de l'OMC.⁴ Dans les cas où une mise en conformité immédiate est irréalisable, le Mémorandum d'accord prévoit un délai raisonnable pour que le défendeur se conforme aux recommandations et décisions de l'ORD.

Lorsque la mesure qui a été jugée incompatible avec les règles de l'OMC est une subvention prohibée (article 3 de l'Accord SMC), la subvention doit être retirée «sans retard» (article 4.7 de l'Accord SMC).⁵ L'expression «sans retard» n'est pas synonyme de retrait instantané; en fait, le Mémorandum d'accord exige que le groupe spécial spécifie dans sa recommandation le délai dans lequel la subvention prohibée doit être retirée (article 4.7 de l'Accord SMC). L'autre exception à la prescription générale de «donner suite dans les moindres délais» concerne les subventions pouvant donner lieu à une action. Dans le cas où il est constaté qu'une subvention cause des effets défavorables, le défendeur a deux possibilités pour se mettre en conformité: prendre des mesures appropriées pour éliminer les effets défavorables, ou retirer la subvention (article 7.8 de l'Accord SMC).⁶ Il devra le faire dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle l'ORD aura adopté le rapport du groupe spécial (et, s'il y a lieu, le rapport de l'Organe d'appel) (article 7.9 de l'Accord SMC).

Intentions au sujet de la mise en œuvre

L'ORD est l'organe de l'OMC chargé de surveiller la mise en œuvre des recommandations et décisions figurant dans les rapports de groupes spéciaux et de l'Organe d'appel qui ont été adoptés (article 2 du Mémorandum d'accord). À cet égard, le défendeur a le devoir d'informer l'ORD,

⁴ Décision de l'arbitre *Japon – DRAM (Corée) (article 21:3 c)*), paragraphe 37.

⁵ Les dispositions de l'article 21:3 du Mémorandum d'accord ne sont pas pertinentes pour déterminer le délai raisonnable de mise en œuvre d'une constatation d'incompatibilité avec les dispositions relatives aux subventions prohibées de la Partie II de l'Accord SMC. Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Aéronefs*, paragraphe 192.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 236.

lors d'une réunion qui se tiendra dans les 30 jours suivant la date d'adoption du ou des rapport(s), de ses intentions au sujet de la mise en œuvre des recommandations et décisions de celui-ci (article 21:3 du Mémorandum d'accord). C'est habituellement à la même réunion que le défendeur dit s'il est en mesure ou non de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions pertinentes, ou s'il a besoin d'un délai raisonnable pour le faire.

Délai raisonnable pour la mise en œuvre

Si la mise en conformité immédiate est irréalisable, le défendeur disposera d'un délai raisonnable⁷ pour ce faire (article 21:3 du Mémorandum d'accord). Le délai raisonnable pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD n'est donc pas imparti sans condition, mais seulement s'il est irréalisable de se mettre en conformité immédiatement.⁸ Dans la pratique, les Membres de l'OMC peuvent expliquer qu'ils sont dans l'incapacité de se conformer immédiatement aux recommandations et décisions de l'ORD.⁹ Il se peut que le défendeur doive modifier sa législation ou sa réglementation intérieure pour procéder à la mise en œuvre. Lorsqu'il faut procéder à des modifications législatives, cela prend plus de temps qu'en cas de modifications impliquant simplement des mesures réglementaires.

Le délai raisonnable ne devrait pas être considéré comme un laps de temps au cours duquel le défendeur est réputé agir conformément à ses obligations au titre des accords visés.¹⁰ Il s'agit en réalité d'un délai de grâce¹¹, qui est accordé au défendeur pour qu'il mette ses mesures

⁷ Nous faisons référence à un seul délai raisonnable pour la mise en œuvre. Les arbitres se sont abstenus d'indiquer si plusieurs délais pouvaient être accordés pour mettre différentes mesures en conformité. Voir, par exemple, la décision de l'arbitre *États-Unis – Jeux* (article 21:3 c)), paragraphe 41.

⁸ Décision de l'arbitre *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques*, (article 21:3 c)), paragraphe 45.

⁹ Néanmoins, dans l'affaire *République dominicaine – Mesures de sauvegarde*, le défendeur a déclaré son intention de se conformer aux décisions et recommandations de l'ORD en mettant fin à la mesure en cause et a proposé une date à laquelle il le ferait. Les plaignants ont pris contact avec le défendeur et sont convenus d'un document confirmant par écrit les intentions de celui-ci. Ce document a été distribué aux Membres sous la cote WT/DS415-418/15.

¹⁰ Dans le cas où une plainte en situation de non-violation aboutit, le Membre concerné (à savoir le défendeur) est en conformité avec le droit de l'OMC, mais il annule ou compromet des avantages revenant au plaignant.

¹¹ L'expression «délai de grâce» a été employée par des arbitres antérieurs. Voir, par exemple, la décision de l'arbitre *Corée – Boissons alcooliques* (article 21:3 c)), paragraphe 47.

en conformité. Pendant ce délai, le défendeur ne peut pas encore être la cible de contre-mesures prévues par le Mémorandum d'accord en cas d'absence de mise en œuvre.¹² Il doit toutefois prendre des mesures pour se mettre en conformité dès l'adoption du ou des rapport(s).¹³ L'article 21:6 du Mémorandum d'accord dispose que, six mois après le début du délai raisonnable, le défendeur commencera à faire rapport, à chaque réunion de l'ORD, sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre des recommandations et conclusions, et cela, jusqu'à ce que la mise en œuvre soit complète ou que le plaignant se déclare satisfait (voir les pages 179–180).

Le Mémorandum d'accord prévoit trois méthodes pour déterminer le délai raisonnable. Celui-ci peut être: i) proposé par le défendeur et approuvé par l'ORD par consensus (article 21:3 a) du Mémorandum d'accord)¹⁴; ii) mutuellement convenu par les parties au différend dans les 45 jours suivant la date d'adoption du ou des rapport(s) (article 21:3 b) du Mémorandum d'accord); ou iii) déterminé par arbitrage (article 21:3 c) du Mémorandum d'accord).

La première option, à savoir l'approbation par l'ORD, n'a jamais été utilisée à ce jour. Cela n'est pas surprenant étant donné que le ou les plaignant(s) doivent également s'entendre pour trouver un consensus, et que les discussions des parties en vue d'un accord sur le délai raisonnable, si elles aboutissaient, déboucheraient en toute logique sur la deuxième option, c'est-à-dire un accord entre les parties. Aujourd'hui, les parties réussissent souvent à trouver un tel accord.¹⁵

Si ces deux premières possibilités échouent, les parties peuvent avoir recours à un arbitrage en vertu de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord. Cette procédure est engagée à la demande d'une partie, qui adresse sa demande au Président de l'ORD. L'arbitre peut être une

¹² Cependant, il peut quand même négocier une compensation avec le plaignant durant le délai raisonnable.

¹³ En effet, l'arbitre pourra tenir compte de l'action ou de l'inaction du défendeur pendant la période comprise entre la date d'adoption de ou des rapport(s) par l'ORD et le début de la procédure d'arbitrage pour déterminer le délai raisonnable pour la mise en œuvre. Voir la décision de l'arbitre *Colombie – Bureaux d'entrée* (article 21:3 c)), paragraphe 79.

¹⁴ L'article 21:3 a) du Mémorandum d'accord ne précise pas la façon dont l'ORD devra approuver le délai proposé. Cependant, conformément à l'article 2:4 du Mémorandum d'accord, l'ORD devra prendre cette décision par consensus.

¹⁵ Par exemple, dans les affaires *Philippines – Spiritueux distillés*; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*; *Canada – Énergie renouvelable / Canada – Programme de tarifs de rachat garantis*; *République dominicaine – Mesures de sauvegarde*; *États-Unis – Crevettes et lames de scie*; et *Chine – Appareils à rayons X*.

personne ou un groupe de personnes.¹⁶ Dans la pratique, presque tous les arbitres désignés dans les procédures au titre de l'article 21:3 c) étaient jusqu'à présent des membres en exercice ou d'anciens membres de l'Organe d'appel.¹⁷ Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le choix d'un ou des arbitres dans un délai de dix jours après que la question a été soumise à arbitrage, le Directeur général désigne l'arbitre dans les dix jours après avoir consulté les parties.¹⁸

La tâche de l'arbitre se limite à déterminer le délai raisonnable dans lequel la mise en œuvre doit être achevée.¹⁹ Par conséquent, il n'entre pas dans le mandat de l'arbitre en vertu de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord de suggérer des moyens de mise en œuvre, ni d'évaluer si les mesures proposées par le défendeur assurent la mise en conformité avec les accords visés pertinents. En effet, le choix du moyen de mise en œuvre est la prérogative du défendeur.²⁰ Toutefois, un arbitre peut avoir à déterminer si la méthode de mise en œuvre choisie par le défendeur lui permet de se mettre en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC dans un délai raisonnable conformément aux principes énoncés à l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord.²¹ En d'autres termes, «le moyen de mise en œuvre choisi doit être approprié quant à la forme, la nature et la teneur pour réaliser la mise en conformité et devrait par ailleurs être compatible avec les accords visés». ²² La question de savoir si le moyen choisi permet de se mettre pleinement en conformité pourra, en cas de contestation, être tranchée suivant la procédure prévue à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.²³

¹⁶ Note de bas de page 13 relative à l'article 21 du Mémorandum d'accord.

¹⁷ Toutefois, dans au moins un arbitrage en vertu de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord, le Président du Groupe spécial dans la procédure initiale a été désigné comme arbitre par les parties. (Voir la décision de l'arbitre *États-Unis – Crevettes II (Viet Nam)* (article 21:3 c), paragraphe 1.2).

¹⁸ Note de bas de page 12 relative à l'article 21 du Mémorandum d'accord.

¹⁹ Décision de l'arbitre *CE – Hormones* (article 21:3 c)), paragraphe 38.

²⁰ Décision de l'arbitre *Corée – Boissons alcooliques* (article 21:3 c)), paragraphe 45.

²¹ Voir la décision de l'arbitre *Japon – DRAM (Corée)* (article 21:3 c)), paragraphe 27 (faisant référence à la décision de l'arbitre *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (article 21:3 c)), paragraphe 69).

²² Décision de l'arbitre *Colombie – Bureaux d'entrée* (article 21:3 c)), paragraphe 64.

²³ Décision de l'arbitre *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques* (article 21:3 c)), paragraphe 42. Voir la section sur la procédure de mise en conformité à la page 160. S'agissant des plaintes en situation de non-violation, l'article 26:1 c) du Mémorandum d'accord dispose que l'arbitre agissant au titre de l'article 21:3 c) «pourra, à la demande de l'une ou l'autre des parties, inclure une détermination du niveau des avantages qui ont été annulés ou compromis, et des suggestions concernant les moyens d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant; ces suggestions ne seront pas contraignantes pour les parties au différend».

Le Mémorandum d'accord dispose que l'arbitre devrait «partir du principe» que le délai raisonnable ne devrait pas dépasser 15 mois à compter de la date d'adoption du rapport ou des rapports (article 21:3 c) du Mémorandum d'accord). Toutefois, ce délai de 15 mois n'est pas un délai moyen ou type.²⁴ En réalité, il pourrait être plus court ou plus long, «en fonction des circonstances».²⁵ Interprétant ce délai dans le contexte de la prescription de «donner suite dans les moindres délais», contenue à l'article 21:1 du Mémorandum d'accord, plusieurs arbitres ont estimé que le délai raisonnable devrait être le délai le plus court possible dans le cadre du système juridique du Membre pour mettre en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD.²⁶ L'intention est d'accorder au défendeur le temps qui lui est réellement nécessaire selon ses procédures normales, avec toute la flexibilité dont il dispose²⁷, mais sans qu'il soit exigé qu'il «utilise une procédure législative extraordinaire».²⁸ La mise en œuvre par la voie administrative nécessite généralement un délai plus court que la mise en œuvre par une action législative.²⁹

Le défendeur a la charge de montrer que la durée d'un délai de mise en œuvre proposé constitue un délai raisonnable, et cette charge sera d'autant plus lourde que le délai de mise en œuvre proposé sera plus long.³⁰ Le plaignant est aussi tenu de présenter des éléments de preuve lorsqu'il fait valoir que le délai demandé par le défendeur n'est pas «raisonnable», et en particulier s'il considère qu'un délai plus court est justifié.³¹

²⁴ Décision de l'arbitre *CE – Hormones (article 21:3 c)*, paragraphe 25.

²⁵ Décision de l'arbitre *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques (article 21:3 c)*, paragraphe 45.

²⁶ Décisions de l'arbitre *Indonésie – Automobiles (article 21:3 c)*, paragraphe 22; *Corée – Boissons alcooliques (article 21:3 c)*, paragraphe 37; *Chili – Boissons alcooliques (article 21:3 c)*, paragraphe 38; *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques (article 21:3 c)*, paragraphe 47; *États-Unis – Loi de 1916 (article 21:3 c)*, paragraphe 32; *Chili – Système de fourchettes de prix (article 21:3 c)*, paragraphe 34; *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (article 21:3 c)*, paragraphe 42; et *CE – Préférences tarifaires (article 21:3 c)*, paragraphe 26.

²⁷ Par exemple, décisions de l'arbitre *Canada – Automobiles (article 21:3 c)*, paragraphe 47; *États-Unis – Article 1105, Loi sur le droit d'auteur (article 21:3 c)*, paragraphe 39; *États-Unis – Loi de 1916 (article 21:3 c)*, paragraphe 39; *Canada – Durée d'un brevet (article 21:3 c)*, paragraphe 64; et *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques (article 21:3 c)*, paragraphe 63.

²⁸ Décision de l'arbitre *Corée – Boissons alcooliques (article 21:3 c)*, paragraphe 42.

²⁹ Décisions de l'arbitre *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques (article 21:3 c)*, paragraphes 49 à 51; et *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (article 21:3 c)*, paragraphe 57.

³⁰ Par exemple, décisions de l'arbitre *États-Unis – Loi de 1916 (article 21:3 c)*, paragraphe 32; et *Canada – Brevets pour les produits pharmaceutiques (article 21:3 c)*, paragraphe 47.

³¹ Décision de l'arbitre *Colombie – Bureaux d'entrée (article 21:3 c)*, paragraphe 67.

Jusqu'à présent, les délais raisonnables accordés par arbitrage sont compris entre 6 et 15 mois environ. Ces chiffres devraient considérés avec circonspection, étant donné que chaque délai raisonnable reflète le délai nécessaire pour qu'un Membre de l'OMC mette une mesure spécifique en conformité, dans le contexte d'un régime juridique et administratif donné. Les parties se sont parfois entendues sur un délai plus long dans certains accords conclus conformément à l'article 21:3 b) du Mémorandum d'accord. Dans une affaire, le délai raisonnable convenu entre les parties était de 24 mois.³² Par ailleurs, les parties peuvent s'entendre sur la prolongation d'un délai raisonnable qui a été préalablement convenu, voire déterminé par arbitrage. À cet égard, à la suite d'un accord conclu entre les parties, il est arrivé que l'ORD approuve la demande du défendeur concernant la prorogation du délai raisonnable préalablement accordé par arbitrage.³³

L'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord prévoit que la décision arbitrale doit être remise dans les 90 jours suivant l'adoption du rapport ou des rapports du groupe spécial (et de l'Organe d'appel), mais ce délai est presque toujours trop court, en particulier parce que la demande d'arbitrage est souvent formulée tardivement.³⁴ Ainsi, les parties sont le plus souvent convenues de proroger ce délai. Par ailleurs, elles peuvent demander à l'arbitre de suspendre la procédure ou retirer la demande d'arbitrage en vue de trouver une solution mutuellement convenue sur la question de la mise en œuvre.³⁵

Le Mémorandum d'accord dispose que le délai compris entre la date à laquelle le groupe spécial a été établi et la date de détermination du délai raisonnable ne devrait pas dépasser 15 mois, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement. Dans les cas où soit le

³² Affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* (WT/DS302/17).

³³ Par exemple, le délai raisonnable a été prorogé à plusieurs reprises dans les affaires *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques (Canada)* et *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques (Argentine)*.

³⁴ En outre, ces arbitrages, qui étaient auparavant une détermination succincte ne comportant qu'un seul paragraphe dans la première décision (décision de l'arbitre *Japon – Boissons alcooliques II* (article 21:3 c)), paragraphe 27), sont devenus des examens juridiques à part entière avec un raisonnement détaillé dans les décisions plus récentes, ce qui nécessite plus de temps pour la délibération, la rédaction et la traduction. Il faut en moyenne quatre à cinq mois pour mener à terme des arbitrages au titre de l'article 21:3 c).

³⁵ Décision de l'arbitre *États-Unis – Tubes et tuyaux de canalisation* (article 21:3 c)), paragraphes 6 à 9.

groupe spécial, soit l'Organe d'appel prolongent leurs délais³⁶, le délai supplémentaire est ajouté au délai de 15 mois, mais le délai total ne doit pas dépasser 18 mois, à moins que les parties ne conviennent qu'il existe des circonstances exceptionnelles (article 21:4 du Mémorandum d'accord). Dans la pratique, le délai moyen entre la date à laquelle le groupe spécial a été établi et la date de détermination du délai raisonnable pour la mise en œuvre est d'environ 22 mois.

Procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord

Si, dans une affaire particulière, les parties à un différend sont en désaccord au sujet de l'existence, ou de la compatibilité avec les accords visés, des mesures prises par le défendeur pour se conformer aux recommandations et décisions de l'ORD, l'une ou l'autre partie peut demander l'établissement d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord.³⁷ De tels désaccords peuvent survenir, par exemple, lorsqu'une nouvelle réglementation ou législation a été adoptée et que le défendeur initial estime, contrairement au(x) plaignant(s), qu'elle assure la mise en conformité totale. Cette procédure est souvent désignée comme étant la procédure de «mise en conformité» et vise à encourager le règlement rapide des différends. En effet, les procédures de mise en conformité sont destinées à éviter une situation dans laquelle un plaignant serait contraint d'engager une nouvelle procédure de règlement des différends lorsque le défendeur ne s'est pas conformé aux recommandations et décisions de l'ORD.³⁸

L'article 21:5 du Mémorandum d'accord dispose que le désaccord entre les parties à un différend au sujet de l'existence, ou de la compatibilité

³⁶ Voir les pages 90–91 (pour la prolongation de la procédure de groupe spécial) et 146 (pour la prorogation du délai d'appel).

³⁷ Au motif que l'article 21:5 ne précisait pas quelle partie pouvait engager la procédure, l'Organe d'appel a confirmé, dans l'affaire *États-Unis – Maintien de la suspension*, que le ou les plaignants ainsi que le défendeur pouvaient avoir recours à la procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5. Dans cette affaire, les Communautés européennes avaient soumis un nouveau différend contre des mesures de rétorsion imposées par les États-Unis et le Canada après autorisation de l'ORD dans les différends *CE – Hormones*. Les Communautés européennes estimaient que ces mesures étaient incompatibles avec les règles de l'OMC parce qu'elles s'étaient déjà conformées aux décisions et recommandations de l'ORD. L'Organe d'appel a constaté que la procédure appropriée pour examiner cette situation était celle qui était prévue dans l'article 21:5 du Mémorandum d'accord. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension*, paragraphe 310.

³⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 72.

avec les règles de l'OMC, de mesures prises pour se conformer, sera réglé «suivant les présentes procédures de règlement des différends», y compris, dans tous les cas où cela sera possible, avec recours au groupe spécial initial. Cette référence aux «présentes procédures de règlement des différends» a été interprétée dans la pratique comme étant une référence aux règles et procédures du Mémorandum d'accord qui régissent les différends initiaux tout en respectant les délais spécifiques et le recours au groupe spécial initial, dans les cas où cela est possible. Néanmoins, le Mémorandum d'accord n'indique pas spécifiquement, par exemple, si des consultations sont nécessaires avant une procédure de groupe spécial de la mise en conformité.³⁹ En outre, le Mémorandum d'accord ne dit pas si un Membre doit d'abord engager une procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 avant de demander la suspension de concessions ou d'autres obligations au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord.⁴⁰ Dans la pratique, les parties concluent souvent un accord *ad hoc* sur l'ordre des procédures au titre des articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord (connu sous le nom d'«accord sur le chronologie»)⁴¹. Ces accords prévoient souvent la possibilité de tenir des consultations avant de demander l'établissement d'un groupe spécial de la mise en conformité. Ces accords procéduraux comprennent aussi habituellement des arrangements concernant les divers stades de la procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 plus généralement, comme par exemple l'accord des parties pour approuver l'établissement du groupe spécial de la mise en conformité à la première réunion de l'ORD à l'ordre du jour de laquelle la demande figure.⁴²

Il est attendu du groupe spécial de la mise en conformité qu'il rende sa décision rapidement, normalement dans un délai de 90 jours

³⁹ Dans le contexte des négociations sur le Mémorandum d'accord, des discussions ont eu lieu sur le rôle des consultations dans la procédure de groupe spécial de la mise en conformité. Dans ce contexte, il a été proposé de préciser, à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord, que les procédures de mise en conformité n'exigeaient pas que le plaignant demande l'ouverture de consultations avant de demander l'établissement d'un groupe spécial; cependant, des consultations seraient toujours possibles (TN/DS/25). Voir la page 216 sur les négociations.

⁴⁰ La suspension de concessions et d'autres obligations au titre de l'article 21:5 est examinée à la page 165.

⁴¹ Ces accords résultent pour l'essentiel de la nécessité de régler le problème de la «chronologie» entre la procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord et les procédures de suspension de concessions et d'autres obligations au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord. Voir la page 177.

⁴² Par exemple, WT/DS46/13, paragraphes 1 et 2.

(article 21:5 du Mémoire d'accord). Le calendrier de la procédure de groupe spécial de la mise en conformité diffère donc quelque peu de celui prévu dans le cadre d'une procédure de groupe spécial initial, car il tient compte du fait que cette procédure doit normalement s'achever dans un délai plus court. La procédure de groupe spécial de la mise en conformité ne nécessite généralement qu'une seule réunion de fond, qui a lieu après que les parties ont échangé deux séries de communications écrites. L'une ou l'autre partie peut faire appel d'un rapport de groupe spécial de la mise en conformité devant l'Organe d'appel.

Pour ce qui est des *mesures* qui peuvent être contestées, la procédure au titre de l'article 21:5 a un champ d'application plus limité que la procédure initiale. Elle concerne les mesures *prises pour se conformer* aux recommandations et décisions de l'ORD.⁴³ En cas de désaccord au sujet de la question de savoir si une mesure donnée relève de la compétence du groupe spécial au titre de l'article 21:5, il se peut que le groupe spécial doive évaluer si cette mesure a «un rapport particulièrement étroit» avec la «mesure» dont il a été déclaré qu'elle avait été «prise pour se conformer» et avec les recommandations et décisions de l'ORD.⁴⁴ Le groupe spécial doit procéder à cette évaluation en examinant la nature et les effets des diverses mesures, ainsi que le moment choisi pour les adopter. Le groupe spécial doit aussi examiner le contexte factuel et juridique dans lequel a été adoptée la «mesure» dont il a été déclaré qu'elle avait été «prise pour se conformer».⁴⁵

En ce qui concerne les *allégations* qui peuvent être formulées dans une procédure au titre de l'article 21:5, une «mesure prise pour se conformer» aux recommandations et décisions de l'ORD est «une mesure nouvelle et différente» qui doit être examinée dans son intégralité.⁴⁶ Par conséquent, la tâche d'un groupe spécial au titre de l'article 21:5 ne se limite pas à examiner si la mesure de mise en œuvre se conforme aux recommandations et décisions adoptées par l'ORD dans la procédure initiale. Un groupe spécial au titre de l'article 21:5 doit examiner *toutes* les allégations d'incompatibilité concernant la nouvelle mesure, y compris les allégations qui peuvent

⁴³ Rapport de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 36.

⁴⁴ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 77; *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 203.

⁴⁵ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Bois de construction résineux IV (article 21:5 – Canada)*, paragraphe 77; *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 207.

⁴⁶ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 86 et 87.

être nouvelles et différentes de celles qui ont été formulées concernant la mesure initiale dans la procédure initiale.⁴⁷

Il importe de noter qu'il y a certaines limites à la portée des allégations qui peuvent être formulées dans une procédure au titre de l'article 21:5. En particulier, un plaignant n'est pas autorisé à soulever, dans la procédure de mise en conformité, des allégations déjà soulevées et rejetées dans la procédure initiale concernant une composante de la mesure de mise en œuvre qui est la même que dans la mesure initiale.⁴⁸ Par conséquent, un plaignant ne peut pas réitérer la même allégation concernant des aspects inchangés de la mesure initiale, ni utiliser des allégations concernant la mise en conformité pour «revenir» sur des questions qui ont été tranchées sur le fond dans la procédure initiale.⁴⁹ La même allégation concernant un élément de la mesure qui est resté inchangé peut faire l'objet d'une nouvelle procédure au titre de l'article 21:5 si la question a été soulevée mais n'a pas été tranchée dans la procédure initiale.⁵⁰ Des aspects de la mesure initiale peuvent être contestés lorsque la «mesure prise pour se conformer» incorpore des composants de la mesure initiale qui sont inchangés, mais ne sont pas dissociables des autres aspects de la mesure prise pour se conformer.⁵¹ En outre, un plaignant ne peut

⁴⁷ Voir les rapports de l'Organe d'appel *Canada – Aéronefs (article 21:5 – Brésil)*, paragraphes 40 à 42; *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 222; *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphe 79.

⁴⁸ Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine) (article 21:5 – Chine)*, paragraphe 5.15; *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphes 96 et 98; *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphes 90 et 96; *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 432. Voir aussi les rapports de l'Organe d'appel *Mexique – Sirop de maïs (article 21:5 – États-Unis)*, paragraphe 79; et *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 210.

⁴⁹ Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 210; *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, paragraphes 86, 93 et 96 à 98; et *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphe 96; *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 427.

⁵⁰ Voir les rapports de l'Organe d'appel *CE – Éléments de fixation (Chine) (article 21:5 – Chine)*, paragraphe 5.15; et *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 210. Une allégation peut ne pas être tranchée, par exemple, parce que l'Organe d'appel n'était pas en mesure de compléter l'analyse, ou parce qu'aucune constatation n'a été formulée au sujet de l'allégation en raison de l'application du principe d'économie jurisprudentielle. Voir les rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 210; *États-Unis – Réexamens à l'extinction concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères (article 21:5 – Argentine)*, paragraphe 148; et *CE – Linge de lit (article 21:5 – Inde)*, note de bas de page 115 relative au paragraphe 96.

⁵¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Réduction à zéro (CE) (article 21:5 – CE)*, paragraphe 432.

normalement pas formuler, dans une procédure au titre de l'article 21:5, des allégations qu'il aurait pu présenter dans la procédure initiale, mais qu'il n'a pas présentées.⁵²

Mesures correctives en cas d'absence de mise en œuvre

Si un défendeur ne met pas sa mesure en conformité avec ses obligations dans le cadre de l'OMC dans le délai raisonnable, le plaignant est, sous certaines conditions⁵³, habilité à recourir à des mesures temporaires, à savoir la compensation ou la suspension de concessions ou d'autres obligations (les contre-mesures), comme il est indiqué plus bas. Aucune de ces mesures temporaires n'est préférable à la mise en œuvre intégrale des recommandations et décisions de l'ORD (articles 3:7 et 22:1 du Mémorandum d'accord).

Compensation

Si le défendeur ne procède pas à la mise en conformité totale avant l'expiration du délai raisonnable, il doit engager des négociations avec le plaignant, si ce dernier le demande, en vue de trouver une compensation mutuellement acceptable (article 22:2 du Mémorandum d'accord). Si aucun accord sur la compensation n'est trouvé dans un délai de 20 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, le plaignant peut demander la suspension de concessions, c'est-à-dire l'autorisation d'imposer des contre-mesures (article 22:2 du Mémorandum d'accord).

La compensation conformément aux articles 21 et 22 du Mémorandum d'accord doit être compatible avec les règles de l'OMC et mutuellement convenue. Dans la pratique développée jusqu'à présent, la compensation a été peu utilisée dans les affaires parvenant à ce stade. La conformité avec les accords visés implique notamment la compatibilité avec les obligations relatives au traitement de la nation la plus favorisée (NPF) (article premier du GATT de 1994, par exemple). Le cas échéant, cela peut impliquer que des Membres de l'OMC autres

⁵² Voir le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Coton upland (article 21:5 – Brésil)*, paragraphe 211.

⁵³ Dans la pratique, avant l'expiration du délai raisonnable, les parties conviennent généralement d'engager une procédure de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord avant la procédure de suspension de concessions au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord ou en parallèle de cette procédure. Voir la page 177 sur la chronologie. En outre, pendant le délai raisonnable, les parties peuvent entamer des négociations pour trouver un accord sur la compensation.

que le ou les plaignant(s) en tirent aussi avantage, si la compensation est accordée sous la forme d'une mesure à laquelle ces obligations s'appliquent, comme une réduction tarifaire. Cela peut rendre la compensation moins attrayante à la fois pour le défendeur, car le «prix de la compensation» à payer augmente, et pour le plaignant, car il n'obtient pas un avantage exclusif. Ces obstacles peuvent dans une certaine mesure être surmontés si les parties choisissent un avantage commercial (par exemple une réduction tarifaire) dans un secteur ou pour un produit présentant à l'exportation un intérêt particulier pour le plaignant et peu d'intérêt pour les autres Membres, ou si elles choisissent une forme de compensation compatible avec les règles de l'OMC n'impliquant pas de telles obligations.

Dans un petit nombre de différends, les parties se sont mises d'accord sur des arrangements temporaires de type monétaire, qui ont été décrits comme une compensation.⁵⁴

Contre-mesures (suspension de concessions et d'autres obligations)

Objectif des contre-mesures au titre du Mémorandum d'accord

Si, dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable est venu à expiration, les parties ne sont pas convenues d'une compensation satisfaisante, le plaignant peut demander à l'ORD l'autorisation

⁵⁴ Dans l'affaire *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur*, dans laquelle il a été constaté que les États-Unis manquaient à leurs obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC, les parties sont convenues, dans le contexte d'un arrangement temporaire mutuellement satisfaisant qui a été notifié, que les États-Unis procéderaient à un versement unique à un fonds qui serait créé par les sociétés de gestion des droits d'exécution dans les Communautés européennes pour l'octroi d'une assistance générale à leurs membres et la promotion des droits des auteurs. Le montant du versement a été calculé dans le cadre d'une procédure d'arbitrage conformément à l'article 25 du Mémorandum d'accord. Décision des arbitres *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur (article 25)*. Voir la page 206 sur les arbitrages au titre de l'article 25 du Mémorandum d'accord. Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, après un arbitrage au titre de l'article 22:6 (suspension de concessions) et après que l'ORD a autorisé le Brésil à prendre des mesures de rétorsion contre les États-Unis, les parties sont convenues de la constitution d'un fonds d'assistance technique et de renforcement des capacités pour le secteur cotonnier brésilien et la coopération internationale avec d'autres pays en développement dans la production de coton. Les parties ont notifié ce mémorandum d'accord dans le contexte d'un accord-cadre, précisant que la teneur de leur communication conjointe ne constituait pas une solution mutuellement convenue qui mettait fin au différend et que, tant que la solution temporaire notifiée serait en place, aucune contre-mesure ne serait imposée.

d'imposer des contre-mesures contre le défendeur qui n'a pas procédé à la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD. Techniquement, cela s'appelle «suspendre des concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés» (article 22:2 du Mémorandum d'accord). La suspension de concessions ou d'autres obligations est la conséquence finale la plus sérieuse à laquelle s'expose le défendeur qui ne met pas en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD dans le système de règlement des différends de l'OMC. L'article 3:7 du Mémorandum d'accord dispose que les Membres devraient utiliser ces contre-mesures en dernier recours. Comme dans le cas de la compensation, la suspension de concessions ou d'autres obligations est une mesure corrective temporaire qui ne se substitue pas, mais incite plutôt, à la mise en conformité.⁵⁵ Par conséquent, les contre-mesures ne sont pas censées être des mesures correctives «punitives».⁵⁶ La question de la mise en conformité reste donc inscrite à l'ordre du jour de l'ORD, à la demande du plaignant, jusqu'à ce qu'elle soit réglée (article 22:8 du Mémorandum d'accord). De même, les contre-mesures doivent être annulées une fois que le défendeur s'est pleinement conformé aux recommandations et décisions de l'ORD.⁵⁷

La suspension de concessions, par opposition à la suspension d'«autres obligations», est la forme la plus courante de contre-mesures. Les concessions sont, par exemple, des engagements de réductions tarifaires que les Membres de l'OMC ont souscrits lors des négociations commerciales multilatérales et qui sont consolidés en vertu de l'article II du GATT de 1994. Ces concessions consolidées (également connues sous le nom de «consolidations») ne sont qu'une des formes que peuvent prendre les obligations dans le cadre de l'OMC. Dans un petit nombre d'affaires, par exemple, le plaignant a obtenu l'autorisation de suspendre

⁵⁵ Des arbitres antérieurs ont constamment confirmé que le caractère temporaire des contre-mesures indiquait que leur objectif était d'inciter à la mise en conformité. Des arbitres ont également considéré que cela ne signifiait pas que l'ORD devrait accorder l'autorisation de suspendre des concessions au-delà de ce qui était équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. Voir par exemple les décisions des arbitres *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 76; et *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs (article 22:6 – Canada)*, paragraphe 3.105.

⁵⁶ Voir, par exemple, les décisions des arbitres *CE – Bananes III (États-Unis) (article 22:6 – CE)*, paragraphe 6.3; et *CE – Hormones (article 22:6 – Canada)*, paragraphe 39.

⁵⁷ Rapports de l'Organe d'appel *États-Unis – Maintien de la suspension / Canada – Maintien de la suspension*, paragraphe 355.

des obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC⁵⁸, de l'Accord sur les textiles et les vêtements, de l'Accord sur les procédures de licences d'importation⁵⁹ ou de l'Accord antidumping.⁶⁰

Le plaignant est ainsi autorisé à imposer des contre-mesures, par ailleurs incompatibles avec les accords visés, en réponse à une violation ou à une annulation ou réduction d'avantages en situation de non-violation. Les contre-mesures sont appliquées par le plaignant, de manière sélective, à l'égard du défendeur qui ne s'est pas entièrement mis en conformité, et elles ont donc un caractère discriminatoire.

La suspension d'obligations en cas d'absence de mise en œuvre en temps voulu est problématique parce qu'elle amène habituellement le plaignant à répondre à une mesure commerciale (incompatible avec les règles de l'OMC) par un autre obstacle au commerce, ce qui est contraire au principe de libéralisation qui sous-tend l'OMC. Par ailleurs, les mesures érigeant des obstacles commerciaux sont coûteuses car elles sont presque toujours économiquement préjudiciables non seulement pour le défendeur qui ne s'est pas mis en conformité, mais aussi pour le plaignant qui impose ces obstacles. En effet, les obstacles à l'importation ont tendance à faire augmenter les prix intérieurs pour les consommateurs et peuvent entraîner une hausse des coûts des biens intermédiaires utilisés par les industries de transformation sur le territoire du plaignant qui impose les contre-mesures. Il peut en résulter une hausse des prix et une baisse des exportations parce que les produits seraient moins compétitifs. Les obstacles à l'importation peuvent aussi dissuader l'investissement étranger.

Cela étant dit, il est important de souligner que les contre-mesures sont le dernier recours que prévoit le système de règlement des différends de l'OMC et qu'en fait, elles ne sont pas utilisées dans la plupart des cas. En réalité, l'autorisation d'imposer des contre-mesures n'a été demandée et accordée que dans dix cas à ce jour.⁶¹ Le fait qu'un différend arrive à ce stade sans avoir été réglé à un stade antérieur, par d'autres moyens, est donc l'exception, et non la règle.

⁵⁸ Décision des arbitres *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 173.

⁵⁹ Décision des arbitres *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), paragraphe 4.1.

⁶⁰ Décision de l'arbitre *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)* (article 22:6 – Canada), paragraphe 5.2.

⁶¹ *CE – Bananes III*; *CE – Hormones*; *Canada – Aéronefs*; *Brésil – Aéronefs*; *États-Unis – FSC*; *États-Unis – Loi de 1916 (CE)*; *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*; *États-Unis – Jeux*; *États-Unis – Coton upland*; et *États-Unis – EPO*.

Procédure d'autorisation de la suspension de concessions ou d'autres obligations

La suspension de concessions ou d'autres obligations dans le cadre de l'OMC, à l'égard d'un autre Membre, est soumise à l'autorisation préalable de l'ORD. Le Mémoire d'accord dispose que l'ORD accordera, sur demande, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins qu'il n'en décide autrement par consensus négatif.⁶² Toutefois, si le défendeur conteste le niveau de suspension proposé, ou allègue que les principes et procédures énoncés à l'article 22:3 (qui sont décrits au chapitre suivant) n'ont pas été suivis, la question sera soumise à arbitrage (article 22:6 du Mémoire d'accord) et cet arbitrage devra être achevé avant que l'ORD puisse autoriser les contre-mesures.⁶³ Aucune action spécifique de l'ORD n'est nécessaire pour que la question soit dûment soumise à arbitrage.⁶⁴

Une fois que l'arbitre a rendu une décision, le plaignant peut de nouveau présenter une demande à l'ORD pour suspendre des concessions ou d'autres obligations conformément aux termes de la décision. L'autorisation sera ensuite accordée par l'ORD par consensus négatif ou inverse, ce qui, en pratique, signifie de manière automatique.⁶⁵

⁶² Dans la pratique, les demandes d'autorisation de suspendre des obligations sont généralement précédées d'une procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5, chaque fois que les parties sont en désaccord sur le point de savoir si le défendeur a mis en œuvre les recommandations et décisions de l'ORD. Voir la section sur la question de la «chronologie» à la page 177.

⁶³ L'obligation de ne pas suspendre de concessions sans l'autorisation préalable de l'ORD est explicitement énoncée aux articles 22:6 et 23:2 c) du Mémoire d'accord. La suspension de concessions sans cette autorisation préalable constitue également une infraction à l'article 3:7 du Mémoire d'accord. Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Certains produits en provenance des CE*, paragraphe 120.

⁶⁴ La question de savoir si l'ORD doit entreprendre une action spécifique lorsqu'une objection à un niveau de suspension proposée est notifiée en vue du recours à l'arbitrage est une question controversée parmi les Membres. Tout en reconnaissant cela, l'arbitre dans l'affaire *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*) a constaté qu'il y avait des indications contextuelles dans le Mémoire d'accord qui donnaient à penser que le recours à l'arbitrage n'était pas nécessairement le fait de l'ORD. Décisions de l'arbitre *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 2.11 (faisant référence à la réunion de l'ORD du 20 juillet 2015, WT/DSB/M/365), 2.12, 2.17 et 2.18.

⁶⁵ Il s'agit du troisième cas dans lequel l'ORD décide par consensus «négatif» ou «inverse». Voir la section sur l'ORD à la page 27.

Principes et procédures régissant la suspension de concessions ou d'autres obligations

Lorsqu'un plaignant envisage de prendre des contre-mesures, il doit prendre deux éléments en considération: premièrement, une prescription quantitative, c'est-à-dire le niveau de la suspension qui peut être autorisée et deuxièmement, une prescription qualitative, c'est-à-dire le type de contre-mesures qui peuvent être autorisées (les obligations, dans un secteur commercial ou dans le cadre d'un accord, qui peuvent être suspendues).

Niveau de suspension admissible Le niveau de la suspension de concessions ou d'autres obligations autorisée par l'ORD doit être «équivalent» au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages (article 22:4 du Mémoire d'accord). Cela a été interprété comme signifiant que les contre-mesures du plaignant ne pouvaient pas aller au-delà du niveau du préjudice causé par la mesure incompatible initiale du défendeur. L'incidence de la mesure incompatible avec les règles de l'OMC (le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages) est généralement calculée en comparant le niveau réel des échanges (les échanges réalisés dans le cadre de la mesure incompatible) avec le niveau hypothétique des échanges qui auraient été réalisés si les mesures incompatibles avec les règles de l'OMC avaient été mises en conformité avant la fin du délai raisonnable. Ce montant est généralement calculé sur une base annuelle.

Secteur dans lequel il est admis de prendre des contre-mesures S'agissant du type de concessions ou d'autres obligations qui peuvent être suspendues, le Mémoire d'accord exige que le plaignant applique un certain nombre de principes et de procédures lorsqu'il examine les concessions ou autres obligations à suspendre. Selon le principe général, les contre-mesures devraient être imposées dans le même secteur que celui dans lequel la violation ou l'annulation ou la réduction d'avantages a été constatée et dans le cadre du même accord que celui au titre duquel cette constatation a été formulée (article 22:3 a) du Mémoire d'accord). Le Mémoire d'accord lui-même définit ce qui constitue un «secteur» et un «accord» aux fins de cette disposition.⁶⁶

⁶⁶ À cette fin, les accords commerciaux multilatéraux sont divisés en trois groupes suivant les trois parties de l'Annexe 1 de l'Accord sur l'OMC (l'Annexe 1A comprend le GATT de

Le principe des contre-mesures appliqué dans le «même secteur» signifie, par exemple, que la mesure prise en réponse à une violation dans le domaine des droits de brevet devrait aussi viser les droits de brevet. En cas de violation dans le secteur des services de distribution, la contre-mesure devrait aussi concerner ce secteur. En même temps, un droit de douane incompatible avec les règles de l'OMC appliqué aux automobiles (une marchandise) peut être neutralisé par une surtaxe tarifaire sur le fromage, les meubles ou les pyjamas (qui sont aussi des marchandises). Par exemple, dans l'affaire *CE – Hormones (États-Unis / Canada)*, le Canada a neutralisé l'interdiction à l'importation de viande bovine, qui était incompatible avec les règles de l'OMC par des surtaxes tarifaires non seulement sur les produits carnés mais aussi sur un certain nombre d'autres marchandises, notamment le chocolat, les légumes, l'eau et la vodka.⁶⁷ Une subvention prohibée peut également être neutralisée par une surtaxe tarifaire sur des marchandises étant donné que l'Accord SMC figure à l'Annexe 1A (accord régissant le commerce des marchandises). Cela était notamment le cas dans l'affaire *Brésil – Aéronefs*.⁶⁸

Toutefois, si le plaignant considère qu'il n'est pas possible ou efficace de prendre des mesures de rétorsion dans le même secteur, les contre-mesures peuvent être imposées dans un secteur différent au titre du même accord (article 22:3 b) du Mémorandum d'accord).⁶⁹ Cette option n'est pas pertinente d'un point de vue pratique dans le domaine des marchandises (puisque toutes les marchandises sont réputées appartenir au même accord et secteur) mais, par exemple, une violation concernant des brevets pourrait être neutralisée par des contre-mesures visant les marques de fabrique (c'est-à-dire dans un autre secteur dans le cadre du même accord, dans ce cas l'Accord sur

1994 et les autres accords commerciaux multilatéraux sur le commerce des marchandises, l'Annexe 1B l'AGCS et l'Annexe 1C l'Accord sur les ADPIC) (article 22:3 g) du Mémorandum d'accord). Des secteurs sont définis dans ces accords. En ce qui concerne l'Accord sur les ADPIC, les catégories de droits de propriété intellectuelle, les obligations au titre de la partie III et celles au titre de la partie IV de l'Accord sur les ADPIC constituent chacune des secteurs distincts. Dans l'AGCS, chaque secteur principal recensé dans la «Classification sectorielle des services» actuelle est un secteur. Pour ce qui est des marchandises, toutes les marchandises appartiennent au même secteur (article 22:3 f) du Mémorandum d'accord).

⁶⁷ Décision des arbitres *CE – Hormones (Canada)* (article 22:6 – CE), annexe II.

⁶⁸ Décision de l'arbitre *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), paragraphe 3.29.

⁶⁹ Le caractère possible et l'efficacité ont été mesurés, entre autres choses, par la contribution de la contre-mesure à l'objectif consistant à inciter à la mise en conformité. Décision des arbitres *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 76.

les ADPIC). De même, une violation dans le domaine des services de distribution pourrait être contrebalancée par une mesure dans le secteur des services de santé.

De même, si le plaignant considère qu'il n'est pas possible ou efficace de prendre des mesures de rétorsion au titre du même accord, et que les circonstances sont suffisamment graves, les contre-mesures peuvent être prises au titre d'un autre accord (article 22:3 c) du Mémorandum d'accord).⁷⁰ Cette hiérarchie a pour objectif de limiter les risques que les mesures de rétorsion aient des retombées sur des secteurs complètement différents, tout en assurant l'efficacité des contre-mesures. La possibilité de «rétorsion croisée» a été accordée pour la première fois dans l'affaire *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE). Dans cette affaire, bien qu'il y ait eu violation du droit de l'OMC au regard du GATT de 1994 et de l'AGCS, l'arbitre a autorisé l'Équateur à prendre des mesures de rétorsion croisée au titre de l'Accord sur les ADPIC (droit d'auteur et droits connexes, indications géographiques, dessins ou modèles industriels) étant donné que les contre-mesures au titre du GATT de 1994 et de l'AGCS n'étaient pas suffisantes pour atteindre le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages nécessaire.⁷¹

La «rétorsion croisée», c'est-à-dire la possibilité de suspendre des obligations dans un autre secteur ou au titre d'un autre accord, peut être très importante, en particulier pour les petits pays ou les pays en développement Membres pour plusieurs raisons. Premièrement, ces pays n'importent pas toujours des biens et des services, ou n'utilisent pas toujours des droits de propriété intellectuelle, en quantité suffisante, et dans les mêmes secteurs que ceux où est intervenue la violation ou

⁷⁰ Des arbitres antérieurs ont évalué les circonstances liées au caractère possible et efficace de la suspension au titre du même accord et ont défini la gravité de ces circonstances en fonction de la difficulté du plaignant à trouver un moyen de faire en sorte que la suspension de concessions ou d'autres obligations soit efficace. Décision de l'arbitre *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 4.115; décisions de l'arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I / États-Unis II*), paragraphes 5.83 et 5.215.

⁷¹ Décision des arbitres *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphe 173 d). Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, Antigua a également été autorisée à suspendre des concessions au titre de l'Accord sur les ADPIC pour des raisons analogues. Décision de l'arbitre *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 6.1. Dans l'affaire *États-Unis – Coton upland*, l'arbitre a autorisé le Brésil à suspendre des concessions au titre des Accords commerciaux multilatéraux, mais aussi à recourir à la rétorsion croisée au titre de l'Accord sur les ADPIC ou de l'AGCS si le niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages devait dépasser un certain seuil. Décisions de l'arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I / États-Unis II*), paragraphe 6.5.

l'annulation ou la réduction d'avantages. Il peut donc être impossible de suspendre des obligations d'un niveau équivalent à celui de l'annulation ou de la réduction d'avantages provoquée par le défendeur, à moins que des obligations puissent être suspendues dans un secteur différent ou au titre d'un accord différent.⁷² Deuxièmement, il ne serait pas possible ni efficace de procéder à la suspension dans le même secteur ou au titre du même accord lorsque les liens commerciaux bilatéraux sont asymétriques dans la mesure où les échanges sont relativement importants pour le plaignant mais relativement négligeables pour le défendeur, en particulier si ce dernier est une grande nation commerçante. Dans ce cas, les effets de la suspension d'obligations et l'imposition d'obstacles au commerce en tant que mesure de rétorsion risquent d'être à peine perceptibles pour le défendeur, tout en compromettant les propres intérêts du Membre qui prend les mesures de rétorsion. Troisièmement, il pourrait ne pas être économiquement tenable pour le plaignant d'imposer des mesures de rétorsion visant certaines importations si cela réduisait l'offre et/ou faisait augmenter le prix des importations dont les producteurs et les consommateurs du plaignant seraient susceptibles de dépendre.⁷³

⁷² Par exemple, dans l'affaire *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I / États-Unis II*), la valeur totale du commerce auquel la contre-mesure pouvait s'appliquer en pratique était trop faible et la contre-mesure excédait la valeur totale du commerce auquel cette même contre-mesure pouvait s'appliquer dans le même secteur sans compromettre les propres intérêts du plaignant. Décisions de l'arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I / États-Unis II*), paragraphe 5.73.

⁷³ Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, Antigua-et-Barbuda a demandé l'autorisation de suspendre ses concessions en matière de droits de propriété intellectuelle pour des produits américains protégés par des droits d'auteur et des marques au titre de l'Accord sur les ADPIC, parce qu'elle considérait qu'il n'était pas possible ni efficace de suspendre des obligations dans le même secteur que celui dans lequel la violation initiale avait eu lieu, ni au titre du même accord que celui au regard duquel cette violation s'était produite (AGCS, services récréatifs, culturels et sportifs). Même si Antigua avait pris des engagements dans ce secteur, les échanges y étaient négligeables. En outre, la suspension au titre de l'AGCS dans un autre secteur, dans lequel Antigua avait contracté des engagements (celui des services de télécommunication, par exemple), n'était pas non plus considérée comme possible ni efficace. Cela ne tenait pas seulement au faible volume des échanges mais était aussi dû à la perturbation occasionnée par le changement de services et de fournisseurs ainsi que le coût plus élevé qui en résultait pour les consommateurs antiguais et la charge plus lourde pour ces derniers, sans que cela ait d'effet perceptible sur les États-Unis. Finalement, l'arbitre a jugé que les circonstances étaient suffisamment graves pour autoriser une suspension au titre d'un autre accord en raison du déséquilibre important, en termes de volume d'échanges et de puissance économique, qui existait entre Antigua et les États-Unis. Décision de l'arbitre *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – *États-Unis*).

Compte tenu de ces facteurs, la rétorsion croisée a été demandée et autorisée dans plusieurs affaires, en particulier sous la forme de la suspension d'obligations au titre de l'Accord sur les ADPIC.⁷⁴

Arbitrage au titre de l'article 22:6 du Mémoire d'accord

L'ORD doit en principe accorder, par consensus négatif, l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable, à moins que le défendeur ne soit pas d'accord avec la suspension proposée par le plaignant. Si le défendeur conteste le niveau proposé, ce qui est généralement le cas, la question sera soumise à arbitrage (article 22:6 et 22:7 du Mémoire d'accord).⁷⁵ Ce désaccord peut porter sur le point de savoir i) si le niveau de rétorsion est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages, et/ou sur ii) si les principes régissant la forme de la suspension autorisée sont respectés.⁷⁶

Si les membres du groupe spécial initial sont disponibles, ils agiront en qualité d'arbitres, sinon le Directeur général de l'OMC désignera un arbitre. L'article 22:6 du Mémoire d'accord prévoit également que l'arbitrage sera mené à bien dans les 60 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration. Dans la pratique, les arbitrages en vertu de l'article 22:6 du Mémoire d'accord commencent habituellement bien après l'expiration du délai raisonnable, une fois que s'est achevée la procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémoire d'accord (qui comprend le processus juridictionnel faisant intervenir un groupe spécial et, éventuellement, l'Organe d'appel). Le plaignant ne doit pas procéder à la suspension d'obligations pendant l'arbitrage parce que l'ORD ne peut pas examiner et autoriser la suspension avant que l'arbitrage ne soit achevé.

La procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 présente certaines particularités par rapport aux autres procédures prévues dans le Mémoire d'accord. Premièrement, ces arbitrages sont demandés

⁷⁴ Voir, par exemple, les décisions des arbitres *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE); *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – États-Unis); et *États-Unis – Coton* (article 22:6 – Brésil).

⁷⁵ Voir les décisions de l'arbitre *États-Unis – EPO* (article 22:6 – États-Unis), paragraphes 2.11 à 2.18.

⁷⁶ Voir la section sur les principes et procédures régissant la suspension de concessions ou d'autres obligations à la page 169.

par le défendeur qui conteste le niveau ou la nature de la demande d'autorisation de suspension de concessions ou d'autres obligations présentée à l'ORD par le plaignant. Deuxièmement, les arbitres ont développé la pratique consistant à demander au plaignant de présenter, au début de la procédure, une note méthodologique. Dans cette communication écrite, le plaignant explique la suspension proposée qu'il a demandée à l'ORD au titre de l'article 22:2 du Mémorandum d'accord. En outre, pour les arbitrages au titre de l'article 22:6, comme pour les procédures de groupe spécial de la mise en conformité au titre de l'article 21:5⁷⁷, on a adopté l'approche de la double présentation avant l'audience, c'est-à-dire que les parties présentent les deux séries de communications écrites avant l'audience; il est également possible qu'il n'y ait qu'une seule audience. Les droits de tierce partie dans une procédure d'arbitrage au titre de l'article 22:6 ne sont pas prévus dans le Mémorandum d'accord, et les arbitres ont refusé des demandes de statut de tierce partie au motif que la partie présentant la demande n'avait pas pu montrer qu'il était porté atteinte à ses droits du fait de son incapacité de participer à la procédure.⁷⁸

Dans ce type de procédure, l'arbitre a pour mandat de déterminer si le niveau de la suspension de concessions proposée est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages et, dans le cas où ce niveau est contesté, si les règles et procédures concernant le secteur dans lequel, ou l'accord au titre duquel, il est admis de prendre des mesures de rétorsion croisée, ont été suivies.⁷⁹ Pour évaluer si le niveau de la suspension proposée est compatible avec les prescriptions du Mémorandum d'accord, l'arbitre déterminera généralement s'il prend dûment en compte la valeur approximative de la perte de possibilités

⁷⁷ Voir la section sur la procédure de mise en conformité conformément à l'article 21:5 du Mémorandum d'accord à la page 160.

⁷⁸ Voir les décisions de l'arbitre *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 2.20 (faisant référence aux décisions des arbitres *CE – Bananes III* (*États-Unis*) (article 22:6 – *CE*), paragraphe 2.8; *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – *Brésil*), paragraphe 2.5; *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 2.31). Cependant, des arbitres ont accordé, dans certaines situations, des droits de participation à des Membres qui n'étaient pas directement concernés par l'arbitrage. Voir les décisions de l'arbitre *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 2.20; *CE – Hormones (Canada)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 7; et *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 7.

⁷⁹ Voir les décisions de l'arbitre *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 4.1 à 4.6.

commerciales réelles et potentielles du fait de la mesure dont il a été constaté qu'elle était incompatible avec les règles de l'OMC ou qu'elle annulait ou compromettrait autrement des avantages.⁸⁰ Autrement, l'arbitre devra calculer ce qui constituerait un niveau de la suspension équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. La manière dont ce niveau est calculé varie d'une affaire à l'autre. Certains arbitres ont développé des méthodes propres et appropriées⁸¹, qui soit étaient fondées sur des éléments des méthodes proposées initialement par les parties⁸², soit suivaient une approche complètement différente.⁸³ S'il est affirmé que les principes et procédures régissant la rétorsion croisée (article 22:3 du *Mémorandum d'accord*)⁸⁴ n'ont pas été suivis, l'arbitre examine également cette affirmation (article 22:7 du *Mémorandum d'accord*). Cependant, l'arbitre n'a pas le droit d'examiner la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre. Dans la pratique, des aspects tels que le choix des produits à cibler ou le niveau du droit additionnel sont laissés à la discrétion du Membre qui prend les mesures de rétorsion.⁸⁵

Les parties doivent accepter la décision de l'arbitre comme étant définitive et ne peuvent pas demander un second arbitrage (article 22:7 du *Mémorandum d'accord*). L'ORD est informé dans les moindres délais de l'issue de l'arbitrage. Une fois la décision rendue, le plaignant peut demander à l'ORD de lui accorder l'autorisation de suspendre

⁸⁰ Dans certaines circonstances, des arbitres ont mesuré l'annulation ou la réduction des avantages autrement qu'en considérant les seuls effets sur le commerce. Voir, par exemple, la décision des arbitres *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 7.7; et la décision des arbitres *États-Unis – Article 110 5), Loi sur le droit d'auteur* (article 25), paragraphe 3.18. Dans l'affaire *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*), l'arbitre a décidé que les termes «annulation ou [] réduction d'avantages» n'incluaient pas l'«empêchement de hausses des prix intérieurs» sur les marchés intérieurs des plaignants. Voir la décision des arbitres *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 5.1 à 5.27.

⁸¹ Voir les décisions de l'arbitre *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 3.13; et *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 4.5.

⁸² Voir, par exemple, les décisions de l'arbitre *États-Unis – Jeux* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphe 3.174; et *États-Unis – EPO* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 6.27 à 6.33.

⁸³ Décision de l'arbitre *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd) (Mexique)* (article 22:6 – *États-Unis*), paragraphes 3.69 à 3.79.

⁸⁴ Voir la section sur les principes et procédures régissant la suspension de concessions ou d'autres obligations à la page 169.

⁸⁵ Décision des arbitres *CE – Hormones (États-Unis)* (article 22:6 – *CE*), paragraphe 19.

des concessions ou d'autres obligations.⁸⁶ L'ORD le fera par consensus négatif ou inverse, à condition que la demande soit compatible avec la décision de l'arbitre (article 22:7 du Mémoire d'accord). À cet égard, et dans la mesure où elle ne doit pas être adoptée par l'ORD, la décision de l'arbitre se distingue de celles des groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel.

Lorsqu'un plaignant a été autorisé par l'ORD⁸⁷ à suspendre des concessions ou d'autres obligations, cela ne signifie pas qu'il doit mettre en œuvre cette suspension. En effet, un plaignant peut choisir de ne pas procéder à la suspension, mais plutôt d'utiliser l'autorisation comme un levier de négociation avec le défendeur.⁸⁸ Une fois l'autorisation accordée, le plaignant doit faire en sorte de respecter la prescription d'équivalence lorsqu'il applique des mesures de rétorsion, quelles qu'elles soient, conformément à l'autorisation.⁸⁹

Règles spéciales relatives aux contre-mesures pour les subventions prohibées et les subventions pouvant donner lieu à une action au titre de l'Accord SMC

Il existe dans l'Accord SMC des règles spéciales en ce qui concerne les contre-mesures qui peuvent être autorisées pour les subventions prohibées et les subventions pouvant donner lieu à une action.⁹⁰

⁸⁶ Il importe de noter que les plaignants ne sont pas tenus de demander l'autorisation de suspendre des concessions ou d'autres obligations une fois la décision de l'arbitre rendue. En réalité, dans certains cas, les plaignants ont décidé de ne pas le faire, comme dans les affaires *États-Unis – Loi de 1916 (CE)* et *États-Unis – Jeux*.

⁸⁷ Au 1^{er} décembre 2016, l'ORD avait accordé des autorisations de suspendre des concessions dans dix différends, à savoir les affaires *CE – Bananes III*; *CE – Hormones*; *Brésil – Aéronefs*; *États-Unis – FSC*; *Canada – Aéronefs*; *États-Unis – Loi de 1916*; *États-Unis – Loi sur la compensation (Amendement Byrd)*; *États-Unis – Jeux*; *États-Unis – Coton upland*; et *États-Unis – EPO*.

⁸⁸ Par exemple, dans les affaires *Canada – Crédits et garanties pour les aéronefs* et *Brésil – Aéronefs*, les parties à ces deux différends, le Brésil et le Canada, n'ont pas suspendu de concessions l'une par rapport à l'autre bien qu'ayant été autorisées à suspendre des concessions pour un montant de 247 797 000 dollars EU et de 344,2 millions de dollars canadiens, respectivement.

⁸⁹ Voir, par exemple, la décision des arbitres *CE – Bananes III (Équateur)* (article 22:6 – CE), paragraphes 80 à 84.

⁹⁰ Sauf en cas de conflit entre elles, ces règles spéciales et additionnelles de l'Accord SMC et les dispositions du Mémoire d'accord régissant la suspension de concessions ou d'autres obligations doivent être lues conjointement de façon à donner un sens aux unes et aux autres. Décision de l'arbitre *Brésil – Aéronefs* (article 22:6 – Brésil), paragraphe 3.57.

En ce qui concerne les subventions prohibées, dans le cas où le défendeur n'a pas donné suite à la recommandation de l'ORD dans le délai spécifié par le groupe spécial pour le retrait de la subvention, l'ORD accorde au plaignant l'autorisation de prendre des «contre-mesures appropriées», à moins qu'il ne décide par consensus de rejeter la demande (consensus négatif) (article 4.10 de l'Accord SMC). Dans ce contexte, l'arbitre, agissant au titre de l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, a pour mandat de déterminer si les contre-mesures proposées sont appropriées (article 4.11 de l'Accord SMC). Dans la pratique, on constate que le critère du «caractère approprié» autorise des contre-mesures pouvant être d'un niveau plus élevé, et non strictement «équivalent» au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages causée par la subvention prohibée.⁹¹

S'agissant des subventions pouvant donner lieu à une action, dans le cas où le défendeur n'a pas donné suite à la recommandation de l'ORD de retirer la subvention ou d'éliminer ses effets défavorables dans un délai de six mois à compter de l'adoption du ou des rapport(s), le plaignant a le droit de demander l'autorisation d'imposer «des contre-mesures proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables dont l'existence aura été déterminée» (article 7.9 de l'Accord SMC). Dans le cas où le défendeur conteste les contre-mesures demandées, il peut demander un arbitrage conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord, auquel cas l'arbitre déterminera si les contre-mesures sont proportionnelles au degré et à la nature des effets défavorables (article 7.10 de l'Accord SMC).⁹²

La question de la «chronologie»

L'une des questions litigieuses qui se posent au stade de la mise en œuvre dans le système de règlement des différends porte sur la relation entre l'article 21:5 et l'article 22:2 du Mémorandum d'accord. La question est de savoir laquelle des deux procédures, le cas échéant, est prioritaire: la

⁹¹ Si l'expression «contre-mesures appropriées» laisse une certaine flexibilité pour apprécier ce qui peut être «approprié» dans les circonstances d'une affaire donnée, cette flexibilité n'est pas sans limites. Décision de l'arbitre *États-Unis – FSC* (article 22:6), paragraphes 5.11 et 5.12. Voir aussi les décisions de l'arbitre *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis I / États-Unis II*), paragraphes 4.85 et 4.86.

⁹² Décision des arbitres *États-Unis – Coton upland* (article 22:6 – *États-Unis II*), paragraphes 4.8 et 4.16.

procédure de mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord ou le recours à des mesures correctives au titre de l'article 22 du Mémorandum d'accord. L'article 22:6 du Mémorandum d'accord prescrit à l'ORD d'accorder l'autorisation de suspendre des obligations dans un délai de 30 jours à compter de l'expiration du délai raisonnable (s'il n'y a pas de consensus négatif ou inverse). L'arbitrage qui pourrait avoir lieu sur le niveau ou la forme de la rétorsion doit s'achever dans les 60 jours suivant l'expiration du délai raisonnable. Ce délai n'est pas suffisant pour mener à bien la procédure d'examen de la mise en conformité au titre de l'article 21:5 du Mémorandum d'accord (90 jours pour la procédure de groupe spécial, plus un appel éventuel). En même temps, l'article 21:5 du Mémorandum d'accord prescrit de recourir à une procédure de mise en conformité en cas de désaccord sur le point de savoir si la mise en conformité a été totale, et l'article 23 du Mémorandum d'accord interdit aux Membres de l'OMC de décider unilatéralement si une mesure est incompatible avec les accords visés ou si elle annule ou compromet des avantages.⁹³

Ce conflit a atteint son apogée lors du différend *CE – Bananes III*, première affaire parvenue au stade de la mise en conformité dans une procédure. Dans les affaires suivantes, les parties sont souvent parvenues à un accord *ad hoc* sur la chronologie des procédures en vertu de l'article 21:5 et de l'article 22. Dans certains cas, les parties sont convenues d'engager les procédures au titre de l'article 21:5 et de l'article 22 simultanément puis de suspendre les procédures de rétorsion au titre de l'article 22 (autorisation de l'ORD et arbitrage conformément à l'article 22:6) jusqu'à ce que la procédure prévue à l'article 21:5 soit terminée.⁹⁴ Dans d'autres cas, les parties sont convenues d'engager les procédures au titre de l'article 21:5 avant de recourir aux procédures de rétorsion au titre de l'article 22, étant entendu que, une fois la procédure de mise en conformité achevée, le défendeur ne s'opposerait pas à une demande d'autorisation de suspension de concessions conformément à l'article 22:6 du Mémorandum d'accord du fait de l'expiration du délai de 30 jours dont disposait l'ORD pour accorder cette autorisation.⁹⁵

⁹³ Voir la section sur la prohibition des déterminations unilatérales à la page 16.

⁹⁴ Voir, par exemple, les accords *ad hoc* conclus entre les parties dans les affaires *Canada – Produits laitiers* (WT/DS103/14); ou *États-Unis – FSC* (WT/DS108/12).

⁹⁵ Voir, par exemple, les accords *ad hoc* conclus entre les parties dans les affaires *Brésil – Aéronefs* (WT/DS46/13); *Canada – Aéronefs* (WT/DS70/9); *CE – Linge de lit* (WT/DS141/11); *CE – Subventions à l'exportation de sucre* (WT/DS283/17); ou *États-Unis – Mesures antidumping concernant les produits tubulaires pour champs pétrolifères* (WT/DS282/12).

Les Membres recherchent une solution permanente à ce problème dans le cadre des négociations en cours pour apporter des améliorations au Mémorandum d'accord.⁹⁶

**Surveillance multilatérale de l'ORD en attendant que la
mise en œuvre soit complète ou qu'une solution
satisfaisante soit trouvée**

L'une des fonctions de l'ORD est de tenir sous surveillance la mise en œuvre de ses recommandations et décisions par le défendeur (article 21:6 du Mémorandum d'accord).⁹⁷ À moins que l'ORD n'en décide autrement par consensus, la question de la mise en œuvre est inscrite à l'ordre du jour d'une réunion de l'ORD après une période de six mois suivant la date à laquelle le délai raisonnable a été fixé.⁹⁸ Notons aussi que la question de la mise en œuvre peut être soulevée par tout Membre à tout moment auprès de l'ORD après l'adoption du ou des rapport(s), mais qu'il n'y a aucune obligation à ce que la question figure à l'ordre du jour des réunions de l'ORD pendant la période de six mois qui suit la date à laquelle ce délai a été fixé. La question reste ensuite à l'ordre du jour des réunions de l'ORD jusqu'à ce qu'elle soit résolue.⁹⁹

Dix jours au moins avant chaque réunion mensuelle de l'ORD, le défendeur est tenu de présenter un rapport de situation écrit indiquant où en est la mise en œuvre.¹⁰⁰ Ces rapports de situation assurent la transparence et peuvent aussi être une incitation à la mise en œuvre.

⁹⁶ Pour les négociations, voir la page 216.

⁹⁷ On pourrait soutenir que la fonction de surveillance commence déjà lorsque le Membre concerné (à savoir le défendeur) informe l'ORD de ses intentions au sujet de la mise en œuvre, à une réunion de l'ORD qui se tiendra dans les 30 jours suivant la date d'adoption du ou des rapports, conformément à l'article 21:3 du Mémorandum d'accord.

⁹⁸ La date «à laquelle [le délai] ... aura été fixé[.]» désigne la date à laquelle la durée du délai raisonnable est fixée, et non la date à laquelle ce délai arrive à expiration. Par conséquent, cette date coïncidera avec l'une des dates suivantes en fonction de la voie procédurale qui sera choisie pour déterminer le délai raisonnable: i) la date à laquelle l'ORD adopte le délai proposé par le défendeur (article 21:3 a) du Mémorandum d'accord); ii) la date à laquelle les parties notifient leur accord concernant le délai raisonnable (article 21:3 b) du Mémorandum d'accord) ou iii) la date à laquelle la décision de l'arbitre au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord est distribuée.

⁹⁹ Par exemple, le différend *CE – Bananes III* est resté pendant des années à l'ordre du jour de l'ORD, et chacune de ses réunions ordinaires commençait par cette question.

¹⁰⁰ Ces rapports de situation sont publiés dans la série WT/DS du différend concerné.

Lorsque le défendeur remet ces rapports de situation à l'ORD, il est fréquent que les autres Membres, en particulier le(s) plaignant(s), en profitent pour demander une mise en œuvre complète et rapide, et déclarer qu'ils suivent la question de près.¹⁰¹

S'il s'agit d'une affaire soulevée par un pays en développement, l'ORD étudiera quelle pourrait être la manière de procéder qui soit appropriée aux circonstances.¹⁰² De plus, s'il s'agit d'un recours déposé par un pays en développement Membre, en examinant quelles mesures il pourrait être approprié de prendre, l'ORD doit tenir compte non seulement des échanges visés par les mesures en cause mais aussi de leur incidence sur l'économie des pays en développement Membres concernés.¹⁰³

L'obligation de l'ORD de tenir sous surveillance la mise en œuvre de ses décisions et recommandations jusqu'à ce que la question soit réglée implique que cette surveillance continue jusqu'à ce que le défendeur ait mis ses mesures en conformité ou que le plaignant se soit déclaré satisfait. Ainsi, lorsqu'une compensation a été convenue ou que des contre-mesures ont été imposées mais que la mise en conformité n'est toujours pas assurée, l'ORD continue de surveiller la mise en œuvre de ses recommandations et décisions (article 22:8 du Mémorandum d'accord). Dans la pratique, la surveillance de l'ORD cesse, parfois temporairement, lorsque le plaignant ne demande plus que la question soit inscrite à l'ordre du jour de l'ORD.

Procédures spéciales applicables aux plaintes en situation de non-violation et aux plaintes motivées par une autre situation

Plaintes en situation de non-violation

Bien que les procédures exposées dans le présent chapitre, y compris pour ce qui est de la mise en œuvre, s'appliquent également aux plaintes en situation de non-violation, les procédures concernant ces plaintes présentent plusieurs particularités qui méritent de retenir l'attention. Les dispositions qui contiennent une référence explicite à une mesure jugée incompatible avec les accords visés, sans faire référence à l'annulation ou

¹⁰¹ Le résumé de ces discussions figure dans le compte rendu de la réunion de l'ORD dont il est question (WT/DSB/M/##).

¹⁰² Article 21:7 du Mémorandum d'accord.

¹⁰³ Article 21:8 du Mémorandum d'accord.

à la réduction d'avantages causée par des mesures compatibles avec les règles de l'OMC, ne sont pas pertinentes pour les plaintes en situation de non-violation. En outre, l'article 26:1 du Mémorandum d'accord contient plusieurs dispositions spéciales applicables uniquement aux plaintes en situation de non-violation. Bien que ces caractéristiques spéciales aient déjà été mentionnées dans le contexte pertinent, leurs aspects les plus importants sont résumés ci-dessous.

- Il n'y a pas d'obligation de retirer une mesure dont il a été constaté qu'elle annulait ou réduisait des avantages ou qu'elle entravait la réalisation d'un objectif si cette mesure n'a pas été jugée incompatible avec un accord visé.
- Le groupe spécial (et l'Organe d'appel) recommande donc que le Membre concerné (à savoir le défendeur) procède à un ajustement mutuellement satisfaisant.
- L'arbitrage au titre de l'article 21:3 c) du Mémorandum d'accord sur le délai raisonnable pourra, à la demande de l'une ou l'autre des parties, inclure une détermination du niveau des avantages qui ont été annulés ou compromis, et des suggestions concernant les moyens d'arriver à un ajustement mutuellement satisfaisant; ces suggestions n'étant toutefois pas contraignantes pour les parties.
- La compensation peut faire partie de l'ajustement mutuellement satisfaisant qui règle définitivement le différend. En vertu des règles générales, la compensation n'est que temporaire en attendant la mise en œuvre définitive. Toutefois, dans les affaires concernant des situations de non-violation, s'il n'est pas exigé que la mesure soit retirée, l'ajustement satisfaisant peut prendre la forme d'une compensation.

Plaintes motivées par une autre situation

Les plaintes motivées par une autre situation¹⁰⁴ sont très différentes dans la mesure où les procédures générales du Mémorandum d'accord ne s'appliquent que jusqu'au stade de la distribution du rapport du groupe spécial (article 26:2 du Mémorandum d'accord). Les règles et procédures de règlement des différends énoncées dans la Décision du

¹⁰⁴ Voir la section sur les types de plaintes à la page 54.

12 avril 1989¹⁰⁵ s'appliqueront à l'examen du rapport en vue de son adoption, à la surveillance et à la mise en œuvre des recommandations et décisions. Cela signifie que la règle du consensus négatif ou inverse ne s'applique pas à l'adoption du rapport du groupe spécial, ni à l'autorisation de suspendre des obligations en l'absence de mise en œuvre. Autrement dit, tout Membre peut bloquer ces décisions à l'ORD en s'opposant à l'adoption du rapport.

De plus, s'il constate que le plaignant a démontré avec succès le bien-fondé de son argumentation concernant la plainte motivée par une autre situation, même si cette dernière est associée à une plainte en situation de violation ou de non-violation, le groupe spécial doit examiner la plainte motivée par une autre situation dans un rapport distinct (article 26:2 b) du Mémorandum d'accord).

¹⁰⁵ IBDD, S36/64-70.