

LES ACTEURS DU MULTILATÉRALISME ÉCONOMIQUE

Stéphane Paquin
Nancy Rossi
Olivier Blin
Serge Granger
Julien Sylvestre-Fleury
Vincent Tomkiewicz

18. — LES ÉTATS-UNIS ET LA
POLITISATION DE LA NOMINATION
DES MEMBRES DE L'ORGANE D'APPEL
DE L'OMC: VERS UN CHANGEMENT
DE CAP?

Stéphane Paquin et Nancy Rossi

STÉPHANE PAQUIN

est professeur titulaire à l'École nationale
d'administration publique, directeur du GERIQ
et directeur scientifique du CEIM.

NANCY ROSSI

est doctorante à l'École nationale
d'administration publique et chercheuse au GERIQ.

Introduction

Le président Joe Biden, tout comme son prédécesseur Donald Trump par ailleurs, n'est pas le premier président américain à critiquer l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et son Organe d'appel. Depuis l'élection de George W. Bush en 2000, le gouvernement des États-Unis soutient que l'OMC est trop axée sur les fonctions judiciaires de l'organisation et qu'elle outrepassé ainsi le rôle qui lui a été attribué en 1995. Du point de vue des États-Unis, l'Organe d'appel est en train de créer un corpus de droit économique international (dans le sens de *International trade law*), ce qui n'est pas permis dans les Accords. Pour le gouvernement américain, ceci équivaut à de l'activisme judiciaire¹. Comme le soulignait le représentant au commerce des États-Unis en 2020, en conséquence de cet activisme, l'Organe d'appel agit régulièrement en violation du droit et des principes fondamentaux des États-Unis. Selon un rapport du Bureau du représentant américain au commerce :

On a more fundamental level, this [Appellate Body] overreaching also violates the basic principles of the United States Government. There is no legitimacy under our democratic, constitutional system for the nation to submit to a rule imposed by three individuals sitting in Geneva, with neither agreement by the United States nor approval by the United States Congress. The Appellate Body has consistently acted to increase its own authority while decreasing the authority of the United States and other WTO Members, which, unlike the individuals on the Appellate Body, are accountable to the citizens in their countries – citizens whose lives and livelihoods are affected by the WTO's decisions².

Depuis l'élection de l'administration Biden, on note un changement de ton de même que quelques développements intéressants à l'OMC, notamment sur la question de la levée des brevets liés aux vaccins contre la COVID-19. Plus globalement, l'administration Biden a pour objectif fondamental de recréer des coalitions multilatérales, notamment avec les alliés traditionnels des États-Unis, pour favoriser une transformation de l'ordre international plus compatible avec la tradition libérale³. Cela dit, depuis son entrée en fonction, le président Biden et son administration maintiennent l'essentiel de la ligne politique de leurs prédécesseurs à l'encontre de l'OMC et de l'Organe d'appel. De plus, on observe aux États-Unis un consensus transpartisan sur la nécessité d'accélérer la réindustrialisation des États-Unis et de traiter la Chine comme une menace fondamentale⁴. Les mesures protectionnistes mises en place par l'administration Biden ne sont donc pas de nature à renforcer l'OMC ni à relancer la libéralisation des échanges. La perte de la majorité démocrate à la Chambre des représentants à l'automne 2022 rend encore plus difficile un changement de politique envers l'OMC. Il est ainsi peu probable que les membres de l'OMC

1. Giuseppe Zaccaria, « You're Fired! International Courts, Re-contracting, and the WTO Appellate Body during the Trump Presidency » (2022), en ligne : *Global Policy* <onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/1758-5899.13032> [Zaccaria, You're Fired!].

2. Office of the United States Trade Representative, « Report on the Appellate Body of the World Trade Organization » (février 2020) à la p 3, en ligne (pdf) : *USTR* <https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf>.

3. Fabrice Pothier, « Joe Biden's Post-transatlantic Moment » (2020) 62:6 *Survival*, 95; Stéphane Paquin,

« "America First" : la doctrine Trump en matière de commerce international » dans Mathieu Arès, Éric Boulanger et Éric Mottet, dir, *La guerre par d'autres moyens : rivalités économiques et négociations commerciales au XXI^e siècle*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2021 aux pp 139-43 [Paquin, America First].

4. Geneviève Dufour et Delphine Ducasse, « "America First" and the Return of Economic Isolationism and Nationalism to the United States: A Historic Turning Point for International Trade Law » (2020), 57 *Can Yearbook Int L* 223 aux pp 223-255 [Dufour et Ducasse, America First]; Paquin, America First, *supra* note 3.

respectent leur engagement pris lors de la 12^e réunion ministérielle de 2022 sur la mise en place un système de règlement des différends pleinement opérationnel d'ici 2024.

Ce texte est divisé en deux parties. Dans la première nous retraçons l'origine du conflit entre le gouvernement américain et l'Organe d'appel alors que dans la seconde nous examinons plus spécifiquement les actions de l'administration Biden sur la question.

I. – Les États-Unis et l'Organe d'appel : les origines du conflit

La création du mécanisme de règlement des différends est sans doute l'un des grands accomplissements du Cycle d'Uruguay qui a donné naissance à l'OMC. L'OMC possède depuis un nouveau mécanisme d'arbitrage contraignant en deux étapes. La seconde étape, qui est au cœur du problème, est généralement centrée sur le rôle de l'Organe d'appel. L'Organe d'appel de l'OMC est un « tribunal » sans le nom qui est normalement composé de sept membres nommés pour un mandat de quatre ans. Leur mandat peut être prolongé d'un second mandat de quatre ans. Le rapport de l'Organe d'appel est définitif, sauf si les États Membres de l'OMC décident à l'unanimité de le renverser. Ce dernier point est fondamental puisqu'il est pratiquement impossible de renverser ce que recommande l'Organe d'appel.

Très rapidement après la mise sur pied de l'OMC, les États-Unis, de même que l'Union européenne, s'appuient sur le processus de nomination des membres et sur celui du renouvellement des mandats pour influencer l'Organe d'appel⁵. Cette tactique devient évidente lors de la première phase de renouvellement des mandats des juges à la fin des années 1990, qui coïncide avec les premières accusations d'excès judiciaires non sollicités (*unsolicited judicial overreach*) contre l'Organe d'appel par les États-Unis.

Un des premiers différends⁶ portait sur l'interprétation du « Mémoire d'Accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends » ou « Dispute Settlement Understanding en anglais⁷ » ou DSU. Plus particulièrement, il s'agissait de savoir si ce dernier permettait aux groupes spéciaux de recevoir des mémoires d'*amicus curiae*, soit des rapports et de l'information non sollicités provenant d'organisations non gouvernementales. À l'époque, la très grande majorité des Membres de l'OMC, y compris les États-Unis et l'Union européenne, faisaient valoir que ces organisations ne devaient pas bénéficier de tels droits spéciaux. Ils ont donc porté l'affaire devant un groupe spécial qui a statué en leur faveur. Le différend a ensuite été porté devant l'Organe d'appel qui a renversé le rapport du groupe spécial sur ce sujet précis⁸.

Les membres mécontents, en particulier l'Union européenne, ont fait valoir que l'interprétation fournie au sujet des règles établies par le DSU va au-delà des obligations. En clair, l'Organe d'appel a outrepassé son mandat en s'engageant dans une démarche judiciaire excessive. Cette situation a conduit à une réunion du Conseil général, siégeant à titre d'Organe de règle-

5. Manfred Elsig, *The EU as an Effective Trade Power? Strategic Choice of Judicial Candidates in the Context of the World Trade Organization*, [manuscrit], Berne, University of Bern, 2012 [Elsig, *The EU as an Effective Trade Power?*]; Lee Epstein et Jeffrey A. Segal, *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments*, Oxford, Oxford University Press, 2005 [Epstein et Segal, *Advice and Consent*].

6. Voir États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

7. À ce sujet, voir < https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/28-dsu_f.htm#appendice2 >.

8. Petros C. Mavroidis, *Amicus Curiae Briefs Before The WTO: Much Ado About Nothing*, Working Paper No. 2. NYU Law School Jean Monnet, 2001.

ment des différends, au cours de laquelle les Membres concernés ont discuté de l'affaire et ont tenté de ne pas adopter le rapport de l'Organe d'appel. Celle-ci n'a cependant pas été annulée en raison de l'absence de consensus, condition fondamentale à remplir pour infirmer une décision depuis la création de l'OMC⁹.

Cette affaire peut sembler banale, mais elle renferme les germes de la crise à venir. À la suite de ce cas, il est apparu assez clairement qu'il serait pratiquement impossible que les rapports de l'Organe d'appel ne soient pas adoptés, et ce, en raison de la règle du consensus. Il est ainsi rapidement apparu évident au gouvernement américain qu'il serait impossible d'empêcher la mise en œuvre des rapports jugés hostiles aux États-Unis¹⁰. Ainsi, pour un pays comme les États-Unis, la seule stratégie possible pour limiter la portée des rapports de l'Organe d'appel est de tenter d'influencer en sélectionnant des membres plus disposés à défendre le point de vue du gouvernement américain¹¹. Puisque le processus de nomination repose également sur le principe du consensus, cela se traduit dans les faits par un droit de veto sur toute nomination. Ainsi, lorsqu'un juge outrepassa son mandat, selon le gouvernement américain ou tout autre Membre de l'OMC, il est plus facile de lui refuser un second mandat que de contester ses prises de position. Et en refusant de reconduire un mandat, un pays envoie aussi un signal aux autres membres de l'Organe d'appel ainsi qu'aux candidats intéressés par le poste de ce qui est recherché comme profil pour être nommé.

Par conséquent, il a délibérément choisi de politiser le processus de nomination des membres à l'Organe d'appel afin d'influencer le contenu des rapports. Cette politisation a pour effet que le mérite des candidats devient secondaire et que des considérations de nature politique sont plus centrales. Le gouvernement recrute des candidats dont la conception de l'OMC correspond à la sienne et refuse de reconduire le mandat des membres de l'Organe d'appel qui ont rendu des rapports défavorables aux États-Unis. Cette situation débute sous George W. Bush et s'intensifie avec la présidence de Barack Obama. Sous Donald Trump, les actions du gouvernement américain sont encore plus radicales et réussissent même à paralyser l'Organe d'appel, ce qui plonge l'OMC dans la crise la plus sévère de son histoire¹².

On peut se demander pourquoi les États-Unis, souvent présentés comme les principaux promoteurs de l'idée de créer l'OMC, ont déchanté si rapidement par rapport à cette dernière ? Selon Karen J. Alter, au cours de la décennie qui a suivi la création de l'OMC, les États-Unis ont perdu plus d'affaires que tout autre Membre de l'Organisation. De plus, le gouvernement américain a perdu 70 % de tous ses appels¹³. Face à cette situation, le gouvernement américain, d'abord sous George W. Bush et par la suite sous Barack Obama, a développé des stratégies plus agressives à l'endroit de l'OMC. Sous la présidence du républicain George W. Bush, le gouvernement américain a commencé à proposer des candidats ayant des points de vue plus proches du gouvernement alors que ce n'était pas le cas auparavant. Les États-Unis ont aussi mis sur pied un processus de préentrevue des candidats en leur posant des questions sur des cas spécifiques et sur le droit de l'OMC. Certains des candidats sélectionnés, comme Robert Lighthizer, étaient

9. *Ibid.*

10. Manfred Elsig et Mark A. Pollack, « Agents, Trustees, and International Courts: The Politics of Judicial Appointment at the World Trade Organization » (2014) 20:2 *Eur J Int Relat* 391 aux pp 391-415 [Elsig et Pollack, *Agents, Trustees, and International Courts*]; Karen J Alter, « Agents or Trustees? International Courts in their Political Context » (2008) 14:1 *Eur J Int Relat* 33 aux pp 33-63 [Alter, *Agents or Trustees?*].

11. Elsig et Pollack, *Agents, Trustees, and International Courts*, *supra* note 3; Elsig, *The EU as an Effective Trade Power?*, *supra* note 9.

12. Ruth Mackenzie, Kate Malleson, Penny Martin et Philippe Sands, *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, Oxford, Oxford University Press, 2010; Erik Voeten, « The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights » (2007) 61:4 *Int Organ* 669 aux pp 669-701; Epstein et Segal, *Advice and Consent*, *supra* note 5.

13. Alter, *Agents or Trustees?*, *supra* note 10 à la p 49.

également très près du Parti républicain, le parti du président. Bush a également refusé de nommer pour un second mandat Merit Janow même si le reste des Membres de l'OMC s'étaient ralliés à cette dernière¹⁴. Les États-Unis ont également bloqué les candidats proposés par l'Union européenne et d'autres Membres qu'ils considéraient comme susceptibles de se prononcer contre eux lors de la procédure d'appel¹⁵.

Cette stratégie axée sur la politisation du processus de nomination des membres de l'Organe d'appel s'est également poursuivie et même amplifiée sous l'administration de Barack Obama. Le représentant au commerce des États-Unis a ouvertement dénoncé des décisions qui selon lui reflétaient une judiciarisation excessive du système et un activisme judiciaire exagéré. La rhétorique qui a accompagné ces propositions était très agressive, le représentant au commerce déclarant que les rapports de l'Organe d'appel étaient erronés et qu'ils nécessitaient des contre-stratégies de la part des États-Unis et du reste des Membres afin de veiller à ce que l'Organisation ne s'écarte pas des accords commerciaux du passé¹⁶.

Sous l'administration Obama, les candidats qui étaient perçus comme favorables à une forme d'activisme judiciaire de l'Organe d'appel ont fait l'objet d'un veto, tandis que ceux qui affichaient une position plus neutre ont été approuvés¹⁷. L'administration Obama est même allée jusqu'à bloquer le renouvellement de mandat de Jennifer Hillman qui avait été nommée par le président Bush, chose qui n'avait jamais été faite auparavant. Étant donné que le représentant au commerce des États-Unis n'a fourni aucune raison pour expliquer le blocage de Mme Hillman, certains ont suggéré que les États-Unis étaient mécontents de ses prises de position à l'Organe d'appel et souhaitaient nommer une personne plus attentive aux positions américaines dans les affaires futures¹⁸. Selon Manfred Elsig et Mark Pollack, le refus de la part de l'administration américaine d'accorder un second mandat à Jennifer Hillman signifie que le processus de nomination peut être utilisé non seulement pour façonner les préférences des membres *ex ante*, mais aussi comme un avertissement *ex post* aux membres en exercice sur leur indépendance vis-à-vis des gouvernements qui les ont nommés¹⁹.

En mai 2016, l'administration Obama a bloqué la reconduction du mandat d'un autre membre de l'Organe d'appel, Seung Wha Chang de la Corée du Sud²⁰. La raison invoquée par le représentant au commerce des États-Unis n'est pas liée à un manque de compétence ou au fait qu'il ait fait preuve d'une trop grande indépendance judiciaire. M. Chang est un juge d'expérience, titulaire d'un doctorat de la Faculté de droit de l'Université de Harvard. Le représentant au commerce des États-Unis s'est plutôt opposé au juge Chang parce qu'il avait participé à des affaires qui défavorisaient les États-Unis et qu'il créait du « nouveau droit ». Les États-Unis ont expliqué leur refus d'accepter la reconduction du mandat de M. Chang par le fait que ses décisions dans les litiges commerciaux impliquant les États-Unis étaient incompatibles avec les Accords de l'OMC. La Corée du Sud a réagi en menaçant de bloquer le candidat au remplacement d'un autre membre de l'Organe d'appel²¹. Pour une raison similaire, le gouvernement américain s'est également opposé à la nomination de James Gathii²².

14. Chad Bown et Soumaya Keynes, « Why Trump Shot the Sheriffs: The End of WTO Dispute Settlement 1.0 » (mars 2020) à la p 14, en ligne (pdf) : *Peterson Institute for International Economics* <www.piie.com/system/files/documents/wp20-4.pdf> [Bown et Keynes, Why Trump Shot the Sheriffs].

15. Elsig et Pollack, Agents, Trustees, and International Courts, *supra* note 3 à la p 406.

16. Alter, Agents or Trustees?, *supra* note 10 à la p 50.

17. Elsig et Pollack, Agents, Trustees, and International Courts, *supra* note 3.

18. Gary Clyde Hufbauer, « WTO Judicial Appointments: Bad Omen for the Trading System » (13 juin 2011), en ligne : *Peterson Institute for International Economics* <www.piie.com/blogs/realtime-economic-issues-watch/wto-judicial-appointments-bad-omen-trading-system> [Hufbauer, WTO Judicial Appointments].

19. Elsig et Pollack, Agents, Trustees, and International Courts, *supra* note 3 à la p 409.

20. Bown et Keynes, Why Trump Shot the Sheriffs, *supra*, note 14.

La situation a atteint un seuil inégalé sous l'administration erratique, pour utiliser un euphémisme, de Donald Trump. Avant même de devenir président des États-Unis, Donald Trump a fait savoir explicitement qu'il avait l'intention de s'en prendre de manière belliqueuse à l'OMC et à son Organe d'appel. Les premiers signes de cette approche sont apparus évidents dès le début de sa présidence. En qualifiant l'OMC de véritable « désastre », il a menacé à plusieurs reprises de retirer les États-Unis de l'Organisation.

Pour leur part, les administrations de Clinton et de Bush sont restées conformes aux rapports adoptés de l'Organe d'appel concernant les tarifs d'importation de l'acier et de la viande²³. En fait, les États-Unis se sont soumis aux conclusions qui leur étaient généralement défavorables dans près de 90 affaires portées contre eux jusqu'en 2017 devant l'Organe d'appel et portant sur les sauvegardes, les pratiques antidumping et les mesures compensatoires²⁴.

Pour Donald Trump, l'OMC et l'Organe d'appel rendent impossible pour les États-Unis l'obtention de conditions commerciales équitables avec leurs partenaires internationaux et réduisent leur capacité à protéger leur marché intérieur, leurs travailleurs et la grande industrie²⁵. En outre, le président Donald Trump, le représentant au commerce des États-Unis Robert Lighthizer, et d'autres acteurs de la communauté commerciale américaine ont constamment accusé l'OMC et l'Organe d'appel de ne pas prendre au sérieux les violations commerciales de la Chine²⁶. Une importante critique concernait le processus par lequel un pays comme la Chine peut avoir le statut de pays en développement (il s'agit d'une autodéclaration), ce que les États-Unis considèrent comme injuste étant donné que l'économie du pays occupe le deuxième rang dans le monde pour le PIB et le premier pour les exportations²⁷. Lors de la conférence ministérielle de l'OMC à Buenos Aires en 2017, Robert Lighthizer a également déclaré : « *Too often members seem to believe they can gain concessions through lawsuits that they could never get at the negotiating table* »²⁸.

Rapidement après son entrée en fonction, l'administration Trump a publié son premier programme officiel de politique commerciale, qui exposait les griefs des États-Unis à l'égard du système de règlement des différends de l'OMC. Outre les plaintes relatives à la procédure, le dossier du représentant au commerce des États-Unis énumère les domaines dans lesquels des rapports « erronés » ont été rendus par l'Organe d'appel. Suivant ce dernier, un système fondé sur des règles est globalement une bonne chose, mais seulement si l'on peut faire confiance à ses arbitres pour s'en tenir aux règles. Pour le gouvernement américain, si les arbitres s'en étaient tenus aux règles que les Membres avaient acceptées, il n'y aurait pas de problème. Mais pour Robert Lighthizer, cette confiance a été rompue. Alors que les États-Unis cherchaient à bloquer l'Organe d'appel, ils ont réaffirmé leur conviction que celui-ci était défectueux, qu'il disposait d'une trop grande autonomie et que ses « juges » étaient engagés dans de l'activisme judiciaire depuis trop longtemps.

21. Gregory Schaffer, « Will the US Undermine the World Trade Organization? » (dernière modification le 24 mai 2017), en ligne (blogue) : *Huffpost* <www.huffpost.com/entry/will-the-us-undermine-the_b_10108970>.

22. Hufbauer, WTO Judicial Appointments, *supra* note 18.

23. Alter, Agents or Trustees?, *supra* note 10 à la p 49.

24. Bown et Keynes, Why Trump Shot the Sheriffs, *supra* note 14.

25. Ana Swanson « Trump Cripples W.T.O. as Trade War Rages » (8 décembre 2019), en ligne : *The New York Times* <www.nytimes.com/2019/12/08/business/trump-trade-war-wto.html> [Swanson, Trump Cripples W.T.O.].

26. Bown et Keynes, Why Trump Shot the Sheriffs, *supra* note 15 à la p 14.

27. Petros C. Mavroidis et André Sapir, « All the Tea in China: Solving the 'China Problem' at the WTO » (2021) 12:S3 *Glob Policy* 41.

28. Cité dans Bown et Keynes, Why Trump Shot the Sheriffs, *supra* note 14 à la p 2.

Finalement, l'administration Trump a mis en place des politiques commerciales qui contreviennent aux règles de l'OMC. Les attaques contre l'Organisation se sont intensifiées et elles ont été accompagnées d'une hausse des droits de douane à l'égard des produits provenant de partenaires commerciaux considérés comme en violation des règles de l'OMC. Les États-Unis ont imposé unilatéralement des droits de douane sur les produits chinois dans le but de protéger leurs producteurs nationaux et de détenir un levier politique pour obtenir de meilleures concessions commerciales dans les négociations bilatérales avec la Chine. L'administration Trump a également appliqué des droits de douane à l'encontre d'autres Membres de l'OMC, tels que le Canada, le Mexique, l'Union européenne, la Turquie, le Japon et le Brésil, en violation du cadre réglementaire établi par l'OMC²⁹. Selon l'OMC, alors que 0,6 % des importations mondiales étaient touchées par des mesures restrictives en 2009, ce chiffre a grimpé à 7,5 % en 2018. Ces mesures de restriction ont connu une forte croissance après 2016, c'est-à-dire à la suite de l'élection de Donald Trump³⁰. Pour justifier ses actions, l'administration Trump a clairement indiqué que les intérêts des industries américaines l'emportaient sur les interprétations juridiques des Membres.

II. – L'administration Biden face à l'OMC

Le 3 novembre 2020, le démocrate Joe Biden remporte des élections hautement médiatisées contre le républicain Donald Trump. Il devient, en janvier 2021, le 46^e président des États-Unis. Son prédécesseur lui lègue des relations très tendues avec l'OMC. De l'administration Trump, Biden hérite de la crise la plus sévère de l'histoire de cette jeune organisation internationale. En raison du blocage de l'administration Trump dès la fin de 2019, l'Organe d'appel n'avait plus suffisamment de membres pour fonctionner³¹. L'administration Trump s'était également opposée à la nomination de Ngozi Okonjo-Iweala comme successeur de M. Roberto Azevêdo à titre de directrice générale de l'organisation. Elle était plutôt en faveur de la nomination de la ministre du Commerce sud-coréenne Yoo Myung-hee. Lors d'une entrevue avec le *Financial Times*, le représentant au commerce des États-Unis, Robert Lighthizer, a affirmé au sujet de Mme Okonjo-Iweala qu'elle était « quelqu'un de la Banque mondiale qui faisait du développement » sans « expérience réelle dans le commerce ». Mme Okonjo-Iweala était en effet numéro deux à la Banque mondiale et elle avait notamment été ministre des Finances au Nigeria³².

Fidèle à son approche pour favoriser le multilatéralisme, l'administration Biden pose plusieurs gestes d'importance au cours de sa première année au pouvoir. Elle accepte la nomination de Mme Okonjo-Iweala. Celle-ci est la première femme et la première Africaine à occuper ce poste. L'administration Biden s'est également démarquée quant à la question de la levée des brevets à l'OMC pour faire face à la pandémie de COVID-19. La crise sanitaire a relancé le débat sur la protection de la propriété intellectuelle et la santé publique³³. Pour faire face à la pandémie, l'Inde et l'Afrique du Sud ont proposé, en octobre 2020, une levée temporaire des sections 1,

29. Dufour et Ducasse, *America First*, *supra* note 8; Swanson, *Trump Cripples W.T.O.*, *supra* note 25.

30. Organisation mondiale du commerce, « Overview of Developments in the International Trading Environment » (29 novembre 2019), *Trade Policy Review Body* aux pp 5-6.

31. Richard Hialt, « Trump atteint son objectif de paralyser l'Organisation mondiale du commerce » (11 décembre 2019), en ligne: *Les Échos* <www.lesechos.fr/monde/enjeux-internationaux/trump-atteint-son-objectif-de-paralyser-lorganisation-mondiale-du-commerce-1155608>.

32. Zaccaria, *You're Fired!*, *supra* note 1.

33. Stéphane Paquin, « La levée des brevets à l'OMC : du combat de Mandela à celui contre la COVID-19 » (2021) 36:2 *Négociations* 29 aux pp 29-47.

4, 5 et 7 de la seconde partie de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce³⁴. Le 25 mai 2021, avec l'appui d'environ 60 pays membres de l'OMC, une demande révisée est déposée³⁵.

La proposition sur la levée des brevets ne porte pas exclusivement sur les vaccins. Elle concerne également d'autres formes de propriété intellectuelle comme les produits et technologies de santé, y compris les diagnostics, les thérapeutiques, les dispositifs médicaux, les équipements de protection individuelle et leurs matériaux ou composants, ainsi que les méthodes et moyens de fabrication destinés à la prévention et au traitement de la COVID-19. Cette proposition s'explique par le fait que pour fabriquer un vaccin, on doit non seulement lever un brevet sur un seul médicament, mais également sur une grande variété d'éléments protégés par la propriété intellectuelle, que ce soient les technologies à ARNm ou à base de vecteurs viraux par exemple³⁶. La situation est décrite comme « un terrain miné de brevets » (« *a minefield of patents* ») par des experts³⁷.

L'administration Biden cause la surprise en se déclarant favorable à une levée temporaire des brevets à l'OMC. En effet, conformément à une promesse électorale faite à l'aile gauche de son parti, le président Biden appuie une levée temporaire des droits de propriété intellectuelle pour favoriser la production de vaccins, même si le pays a toujours des réserves sur la proposition révisée³⁸. En effet, les États-Unis n'appuient que la levée des brevets sur les vaccins et non sur l'ensemble de la propriété intellectuelle. La décision de Joe Biden d'appuyer la mesure de levée des brevets ne doit pas être minimisée. Les États-Unis défendent ardemment la propriété intellectuelle dans les accords de commerce, notamment à l'OMC³⁹. La position de l'administration Biden représente un changement de perspective considérable, un peu à l'image du changement de position de l'administration Clinton face à la levée des brevets lors de la crise du VIH/sida.

La position de l'administration Biden a des affinités avec la vision de la nouvelle directrice générale de l'OMC, Mme Okonjo-Iweala. L'accès équitable aux vaccins, aux diagnostics et aux traitements contre la COVID-19 est « le défi à la fois moral et économique marquant notre époque »⁴⁰ a déclaré Mme Okonjo-Iweala au Sommet mondial sur la santé, organisé conjointement

34. Organisation mondiale du commerce, « Waiver from Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19 » (2 octobre 2020), Communication from India and South Africa, en ligne : [Organisation mondiale du commerce <docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True>](https://www.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True).

35. Organisation mondiale du commerce, « Waiver from Certain Provisions of the TRIPS agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19 » (25 mai 2021) Revised Decision Text, en ligne : [Organisation mondiale du commerce <docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669R1.pdf&Open=True>](https://www.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669R1.pdf&Open=True).

36. Sven J.R. Bostyn, *Why a COVID IP Waiver Is Not a Good Strategy* (10 mai 2021), en ligne : ssrn.com/abstract=3843327; Reto M. Hilty, Pedro Henrique D. Batista, Suelen Carls, Daria Kim, Matthias Lamping et Peter R. Slowinski, « Covid-19 and the Role of Intellectual Property » (7 mai 2021) à la p 3, en ligne (pdf) : [Max Planck Institute for Innovation and Competition <www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/2021_05_25_Position_statement_Covid_IP_waiver.pdf>](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/2021_05_25_Position_statement_Covid_IP_waiver.pdf).

37. Behrang Kianzad et Jakob Wested, « "No-one is Safe Until Everyone is Safe" – Patent Waiver, Compulsory Licensing and COVID-19 » (2021) 5:2 *European Pharmaceutical Law Review* 71 à la p 74.

38. BBC News, « Covid: US backs waiver on vaccine patents to boost supply » (6 mai 2021), en ligne : [BBC News <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-57004302>](https://www.bbc.com/news/world-us-canada-57004302).

39. Fran Quigley, *Prescription for the People. An Activist's Guide to Making Medicine Affordable for All*, Ithaca, Cornell University Press, 2017 à la p 107.

40. Organisation mondiale du commerce, *La DG Okonjo-Iweala appelle les Membres de l'OMC à s'attaquer aux inégalités en matière de vaccins* (21 mai 2021), en ligne : [Organisation mondiale du commerce <www.wto.org/french/news_f/news21_f/dgno_21may21_f.htm>](https://www.wto.org/french/news_f/news21_f/dgno_21may21_f.htm).

41. Organisation mondiale du commerce, *Décision ministérielle sur l'Accord sur les ADPIC*, Conférence ministérielle, Douzième session, Genève, (12-15 juin 2022), en ligne : <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=r:/WT/MIN22/30.pdf&Open=True>.

tement par la Commission européenne et par la présidence italienne du G20 en mai 2021. Un accord sur la question des brevets a finalement été conclu à Genève le 17 juin 2022⁴¹. Il s'agit d'un accord *a minima*, car il ne couvre pas, par exemple, les tests et le traitement du coronavirus, il est silencieux sur la question difficile de l'approvisionnement et il ajoute de nouvelles limitations qui n'existaient pas auparavant. En outre, l'accord ne couvre pas les secrets commerciaux⁴².

Face à la question plus épineuse de la réforme de l'OMC, la représentante au commerce des États-Unis, Mme Katherine Tai, précise les exigences de l'administration Biden le 14 octobre 2021 lors d'un événement organisé par le Graduate Institute et la Geneva Trade Platform. Mme Tai prononce un discours substantiel sur le rôle de l'OMC dans l'économie mondiale, en particulier dans un contexte de pandémie. Elle affirme d'emblée que « *the reality of the institution today does not match the ambition of its goals. Every trade minister I've heard from has expressed the view that the WTO needs reform* »⁴³.

La position de l'administration Biden qu'exprime Mme Tai est basée sur l'idée que le système « doit changer ». Il est aujourd'hui « lourd et bureaucratique ». Il a été accusé d'être dans une bulle, isolé de la réalité et lent à reconnaître les développements à l'échelle mondiale. Personne ne doute du rôle essentiel du commerce dans une économie mondiale qui fonctionne, mais l'administration Biden se pose les questions suivantes : comment améliorer les règles commerciales pour protéger notre planète? Comment aborder le problème des inégalités et la croissance de l'insécurité économique?

Selon Mme Tai, les États-Unis veulent continuer à travailler avec les Membres pour combler les lacunes existantes dans les négociations⁴⁴. Toutefois, le paradigme qui a fonctionné pendant plus de 25 ans doit être ajusté à l'époque actuelle. Selon l'administration Biden, l'OMC peut montrer qu'elle est capable de relever efficacement un défi mondial comme la COVID-19 et d'aider le monde à se reconstruire en mieux⁴⁵.

La question de la réforme de l'OMC est au cœur des préoccupations de l'administration Biden. En particulier, Mme Tai fait référence à la réforme des trois piliers de l'OMC qui demandent un engagement de transparence de la part des États membres, soit :

- 1) la conformité aux règles;
- 2) la négociation des règles commerciales;
- 3) le règlement des différends⁴⁶.

Premièrement, selon Mme Tai, les accords de l'OMC, négociés et ratifiés par les États membres, sont au cœur du système commercial multilatéral puisqu'ils deviennent le pilier juridique sur lequel se base le commerce international. Or, selon les États-Unis, le problème est « un manque de volonté politique » à s'assurer de la conformité ou du respect de ces accords⁴⁷. Deuxièmement, les négociations des accords en représentent la pièce maîtresse. Or, les États-Unis rappellent qu'aucun accord commercial d'importance pleinement multilatéral n'a été conclu

42. Stéphane Paquin et Kristine Plouffe-Malette, « The WTO and the Covid-19 "Vaccine Apartheid": Big Pharma and the Minefield of Patents », *Politics and Governance*, 11:1 aux pp 1-17.

43. Cité dans Ana Swanson, « U.S. Renews Its Support for Trade Group it Once Made a Punching Bag » (15 octobre 2021), en ligne : *The New York Times* <www.nytimes.com/2021/10/14/business/economy/trade-wto-katherine-tai.html>.

44. Office of the United States Trade Representative, « Ambassador Katherine Tai's Remarks as Prepared for Delivery on the World Trade Organization »

(14 octobre 2021), en ligne (discours) : USTR <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/speeches-and-remarks/2021/october/ambassador-katherine-tai-remarks-prepared-delivery-world-trade-organization#:~:text=I%20have%20looked%20forward%20to,before%20the%20World%20Trade%20Organization>> [USTR, Ambassador Katherine Tai's Remarks].

45. *Ibid.*

46. *Ibid.*

47. *Ibid.*

depuis 2013⁴⁸. Finalement, selon l'administration Biden, il faut aussi réformer le mécanisme de règlement des différends. Pour parvenir à mener une telle réforme, l'administration américaine estime qu'il faut changer la façon d'aborder les problèmes collectivement, améliorer la transparence et l'inclusivité, et restaurer la fonction délibérative de l'Organisation⁴⁹. Pour l'administration Biden, au cours des 25 dernières années, les États membres ont découvert qu'ils pouvaient contourner la voie difficile de la diplomatie et de la négociation en obtenant de nouvelles règles par l'entremise du règlement des différends. Une façon de faire «longue, coûteuse et contentieuse»⁵⁰, selon l'ambassadrice Tai. L'exemple cher aux Américains est celui du conflit opposant les États-Unis à l'Union européenne et au Royaume-Uni au sujet des fabricants d'avions civils Boeing et Airbus, conflit qui s'est finalement réglé en juin 2021 après 16 ans de différend⁵¹. Selon Mme Tai, la réforme du mécanisme de règlement des différends ne consiste pas à restaurer l'Organe d'appel pour lui-même ni à revenir à ce qu'il était auparavant. Il s'agit plutôt de revitaliser l'action des Membres pour obtenir des résolutions acceptables⁵². Contrairement à Donald Trump, Mme Tai affirme que les États-Unis reconnaissent l'importance de l'OMC et veulent son succès.

Le 20 janvier 2022, lors d'une conférence virtuelle dans le cadre du Forum économique mondial à laquelle prenait part la directrice générale de l'OMC, Mme Tai émet des mises en garde quant à un retour à la normale après deux ans de pandémie :

*I think that it is time for us to acknowledge that our goal really shouldn't be to try to go back to the way the world was, say in 2019, but to take lessons, very hard learned lessons, very painful lessons that we have experienced over the past two years and take this opportunity to build toward something that is different and better*⁵³.

Le 26 janvier 2022, lorsque l'OMC autorise la Chine à imposer des sanctions tarifaires sur 645 millions de dollars de produits américains dans un contentieux remontant à 2012, la réaction de Washington ne se fait pas attendre. Dans un communiqué, Adam Hodge, porte-parole de la représentante au commerce des États-Unis, affirme ceci :

La décision profondément décevante rendue aujourd'hui par l'arbitre de l'OMC reflète des interprétations erronées de l'Organe d'appel qui nuisent à la capacité des Membres de l'OMC de défendre nos travailleurs et nos entreprises contre les subventions chinoises qui faussent les échanges. [Cette décision] renforce la nécessité de réformer les règles de l'OMC et le règlement des différends⁵⁴.

48. *Ibid.*

49. *Ibid.*

50. *Ibid.*

51. *Ibid.*

52. USTR, Ambassador Katherine Tai's Remarks, *supra* note 44.

53. Cité dans David Lawder, Phil Blenkinsop et Alexander Cornwell, « U.S. trade chief Tai says world can't return to 2019 trading system » (20 janvier 2022), en ligne : *Reuters* <www.reuters.com/business/finance/us-trade-chief-tai-says-world-cant-go-back-2019-trading-system-2022-01-20>.

54. Cité dans Agence France-Presse, « Antidumping : l'OMC autorise Pékin à imposer des sanctions sur 645 millions USD de produits américains », *Le Journal de Montréal* (26 janvier 2022), en ligne : <www.journaldemontreal.com/2022/01/26/antidumping-lomc-autorise-pekina-imposer-des-sanctions-sur-645-millions-usd-de-produits-americains>.

55. World Trade Organization, United States – Certain Measures on Steel and Aluminium Products, Report of the Panel, (9 décembre 2023) En ligne : *Organisation mondiale du commerce* : <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/544r_e.pdf>.

Lorsque l'OMC a conclu, le 9 décembre 2022⁵⁵, que les tarifs imposés par l'administration Trump de 25% sur l'acier et de 10% sur l'aluminium pour motifs de sécurité nationale contrevenaient aux règles de l'OMC, la réaction de l'administration Biden a également été très virulente⁵⁶. Un porte-parole de l'USTR a déclaré: « *The United States will not cede decision-making over its essential security to WTO panels* »⁵⁷.

Conclusion

Comme on l'a constaté, la relation tendue entre les États-Unis et l'OMC ne date pas de l'administration Trump même si cette dernière a été beaucoup plus agressive envers l'Organisation que ses prédécesseurs. De nos jours, bien que les États-Unis possèdent un PIB 45 % plus gros que lors de la création de l'OMC, les Américains ressentent un vif sentiment de déclin. Pour plusieurs, l'OMC ne représente pas une solution, elle participe plutôt au problème.

De plus, l'administration Biden s'est engagée à soutenir non seulement une politique commerciale axée sur la protection des travailleurs américains, notamment syndiqués, mais également une politique commerciale compatible avec la lutte au changement climatique avec l'adoption du *Inflation Reduction act* en 2022. Il existe un fort consensus partisan aux États-Unis sur de nombreuses mesures protectionnistes et sur l'attitude à adopter à l'égard de la Chine. De plus, depuis la crise de la COVID-19, la question de la sécurisation des chaînes d'approvisionnement est désormais centrale⁵⁸.

L'image de l'OMC est si peu reluisante aux États-Unis qu'il y a de nos jours un alignement bipartite au sein du Congrès américain hostile à l'OMC, comme en témoigne le fait qu'en mai 2020, le sénateur républicain Josh Hawley propose une résolution conjointe du Sénat et de la Chambre des représentants sur le retrait des États-Unis de l'OMC⁵⁹. Cette résolution est suivie d'une proposition similaire initiée par les Démocrates Peter DeFazio et Frank Pallone Jr. de la Chambre des représentants. Ces résolutions confirment un certain niveau d'entente entre les deux grandes formations politiques aux États-Unis, chose de plus en plus rare en cette ère de forte polarisation⁶⁰.

Les préoccupations des États-Unis vont bien au-delà de l'Organe d'appel et couvrent les trois principales fonctions de l'OMC. En ce qui concerne les négociations, plusieurs élus américains ont déploré l'incapacité du système à actualiser les règles, notamment pour répondre aux priorités clés des démocrates en matière d'environnement et de droit du travail, ainsi qu'aux pratiques déloyales de la Chine qui contreviennent aux règles de l'OMC. Républicains et Démocrates ont exprimé leur inquiétude sur la question du « statut de pays en développement », qui permet aux grandes économies émergentes (i.e. la Chine) d'échapper au même niveau d'engagement que les économies établies comme les États-Unis. Sur la question de la surveillance des règles de l'OMC, le manque de respect dont ont fait preuve de nombreux pays à l'égard des règles de transparence les plus élémentaires suscite une désapprobation généralisée.

56. Marc L. Busch, *The World Trade Organization's gift to Joe Biden*, (23 décembre 2022), en ligne : *The Hill* <www.thehill.com/opinion/international/3783263-the-world-trade-organizations-gift-to-joe-biden/>.

57. Edward Alden, *Why the U.S. Trade Office No Longer Runs Trade*, (7 mars 2023) en ligne: *Foreign policy* <<https://foreignpolicy.com/2023/03/07/us-trade-biden-america-first-china-decoupling/>>.

58. Lisandra Flach, « Recent Challenges for Global Cooperation and the Future of WTO » (2021) 22:2 CESifo Forum 8.

59. La résolution conjointe est accessible en ligne, <www.hawley.senate.gov/sites/default/files/2020-05/Hawley-WTO-Resolution.pdf>.

60. Phil Levy et Chad P. Bown, « All Roads to a Better Trade Deal Lead Through the WTO » (28 mai 2020), en ligne : *Foreign Policy* <www.foreignpolicy.com/2020/05/28/trade-deal-wto-trump/>.

Pour ce qui est du mécanisme de règlement des différends, le point de vue bipartisan des États-Unis, adopté de longue date, est que l'Organe d'appel s'est éloigné des limites acceptables en faisant preuve d'un trop grand activisme judiciaire et s'est souvent trompé lorsqu'il a statué sur des affaires impliquant des recours commerciaux en droit américain. Ainsi, même si le président Biden a permis un déblocage qui a conduit à la nomination d'une nouvelle directrice générale, Mme Ngozi Okonjo-Iweala, et même s'il s'est montré favorable à la levée des brevets, la crise de l'Organe d'appel n'est pas réglée.

Selon Sarah Anne Aarup la nouvelle position des États-Unis de 2023, est de ne permettre à un différend commercial de passer du premier jugement non contraignant à la phase juridiquement contraignante de l'Organe d'appel que si le plaignant et le défendeur sont tous deux d'accord pour aller de l'avant. Cette proposition aurait pour effet de rendre l'Organe d'appel inopérant. De plus, Washington souhaite également revenir sur certaines des interprétations antérieures de l'Organe d'appel en matière de droit économique international. Ces derniers veulent, par exemple, laisser les pays décider eux-mêmes quand ils peuvent invoquer une exception relative à la sécurité nationale. Cela donnerait effectivement aux États-Unis, mais aussi aux autres Membres de l'OMC, la capacité, comme l'a fait Trump lorsqu'il a imposé des droits de douane sur les importations d'acier et d'aluminium européens en 2018 pour des raisons de sécurité nationale, de contourner les règles du commerce international plus librement⁶¹.

Comme le souligne Robert Howse cependant, il est aussi possible d'imaginer un Organe d'appel où les membres de l'OMC disposeraient d'un droit de dérogation. Malgré ce droit, si l'Organe d'appel est soutenu par la grande majorité des membres de l'OMC, il est possible qu'il possède tout de même une grande légitimité. Cette situation serait similaire à ce qui prévaut à la Cour internationale de justice internationale dont les jugements sont jugés importants en droit international malgré le fait que les États-Unis et de nombreux autres États n'acceptent pas sa compétence dans de nombreux litiges⁶². Il s'agit, sans doute, d'une solution imparfaite, mais elle a l'avantage de faire en sorte que l'OMC ne se transforme pas en institution zombie⁶³.

61. Sarah Anne Aarup, « Reform or die? If the US gets its way, the WTO might do both » (9 mai 2023), en ligne : Politico <www.politico.eu/article/reform-die-usa-washington-world-trade-organization-wto-ngozi-okonjo-iweala-joe-biden/>.

62. Robert Howse, « Unappealable but not Unappealing: WTO dispute settlement without the Appellate

Body (17 Juillet 2023), en ligne : <www.iisd.org/articles/policy-analysis/wto-dispute-settlement-without-appellate-body>.

63. *Ibid.*

