

VI.

Globalisation et « rule of law » Existe-t-il un « État de droit » au-delà de l'État ?

1. Existe-t-il une « rule of law » globale ?

Le Tribunal de première instance de l'Union Européenne a récemment décidé que lorsque le Conseil de sécurité agissant sur le fondement du Titre VII de la Charte des Nations unies ordonne, à travers le *Sanctions Committee*, de geler les fonds détenus par des personnes suspectées de terrorisme, il peut y procéder sans entendre auparavant l'intéressé car dans cette situation aucune norme obligatoire n'impose l'audition de la personne suspectée¹.

L'*International Tribunal for the Law of the Sea*, en revanche, bien que la *United Nations Convention on the Law of the Sea* ne l'exige pas, a récemment établi que les procédures administratives de séquestre d'un navire et de détention de l'équipage ayant commis des actes illégaux dans des eaux territoriales doivent respecter les principes du *due process of law* et de procédure équitable (*giusto procedimento*)².

Existe-t-il donc, ou n'existe-t-il pas, une *rule of law* au-delà de l'État ?³

Qu'il existe un droit administratif ultra-étatique ou global ne fait pas de doute. Il existe une production normative considérable, il existe de nombreuses organisations publiques et ces dernières entretiennent des rapports directs avec les sujets qui font traditionnellement partie des États (personnes physiques et personnes juridiques).

Chacun de ces éléments présente des caractéristiques propres, différentes des éléments analogues propres aux États. La production normative ne constitue pas un *corpus* unitaire, mais se compose de nombreux « régimes régulateurs »⁴ distincts, bien qu'étroitement interconnectés. Elle s'impose aux ordres juridiques nationaux, non en se superposant à ceux-ci, mais en composant avec eux, selon les modes propres aux systèmes mixtes. L'organisation n'est pas hiérarchique, mais coopérative, et elle ne peut pas être définie comme étant publique, au sens où ce terme est utilisé dans les États, parce que sa légitimité est indirecte et que ses caractères sont hybrides. Les rapports entre droit administratif global et personnes privées, bien qu'étant directs, dépendent du pouvoir étatique pour l'exécution non volontaire.

Mais ce droit administratif a-t-il les caractères propres au droit administratif des États absolus – comme pourrait le faire croire le jugement du Tribunal de première instance de l'Union européenne rapporté ci-dessus – ou s'est-il développé comme le droit administratif des États libéraux et démocratiques, qui garantit les droits des citoyens face aux administrations – comme pourrait le faire croire la décision de l'*International Tribunal for the Law of the Sea* ?

Je me propose ici de répondre à cette question, d'abord en identifiant les institutions caractéristiques d'un droit administratif « libéral » ou de garantie ; ensuite je vérifierai si ces institutions ont droit de cité dans le droit administratif global ; enfin, en mettant en exergue les caractéristiques qu'elles présentent dans le droit administratif global et qui les différencient des droits administratifs internes.

2. Les institutions de garantie dans le droit administratif national

Le droit administratif, durant ses deux siècles de vie dans le cadre des États nations, est passé par deux phases. Dans la première, il a été une « machine de l'obéissance », dans le sens où il était composé de corps de règles spéciales, dans le but d'assurer la prééminence ou la suprématie du pouvoir public sur les personnes privées. Dans la seconde phase, à ce premier

noyau est venu s'en ajouter un autre, opposé, destiné à assurer des droits aux citoyens face aux administrations publiques.

Les deux composantes permettaient d'affirmer – au milieu du XX^{ème} siècle – que le droit administratif était essentiellement axé sur le rapport autorité-liberté.

Aujourd'hui cette formule est dépassée par le droit positif étatique parce que les pouvoirs publics agissent seulement à certains moments – toujours plus rares – comme des autorités et que la composante de garantie du droit administratif est devenue prépondérante.

De quoi parle-t-on lorsque l'on évoque la composante de garantie des droits, qui caractérise la période la plus récente du droit administratif ? La liste serait longue, mais les éléments principaux sont au nombre de trois : droit des intéressés d'être entendus ; obligation de l'administration de motiver ses décisions ; examen des décisions administratives par un juge.

Dans l'évolution historique, la justice administrative vient en premier, puis l'obligation de motiver, enfin l'intervention de l'intéressé dans le processus d'élaboration de l'acte. Mais les trois composantes de la *rule of law* administrative font corps, en ce sens que la personne privée peut se défendre avant la décision – au moyen de l'intervention dans le processus d'élaboration – et ensuite par le recours au juge. Elle expose lors de son intervention des opinions dont l'administration doit tenir compte dans sa motivation. Elle se prévaut de la motivation pour indiquer dans son recours les motifs de l'illégalité éventuelle de l'acte. Il existe, en somme, de nombreux liens fonctionnels entre les trois institutions. Ceci explique le fait que le juge de l'administration ait grandement contribué au développement des deux premières institutions, avant que le législateur n'en prenne possession pour en faire des règles générales légales.

Si ces trois institutions sont les composantes essentielles de la *rule of law* administrative nationale, il convient maintenant de démontrer leur présence dans le droit administratif global, pour ensuite vérifier les variantes qu'elles présentent dans ce cadre, par rapport au cadre national.

3. Le droit d'être entendu dans le droit administratif global

Le *Patent Cooperation Treaty* établit une procédure mixte spéciale, à moitié globale, à moitié nationale. La première partie, définie comme l'examen international préliminaire, est destinée à démontrer que l'invention que l'on veut breveter ne l'a pas encore été, de manière à évaluer les possibilités effectives d'obtenir un brevet, avant d'entrer dans la phase nationale.

Le Traité prévoit que l'autorité globale communique au déposant son orientation, ce qui lui permet de donner une réponse. Ensuite, l'autorité prépare un rapport, qu'elle envoie à l'autorité nationale compétente⁵.

Les *Operational Policies* de la *World Bank* prévoient que les autorités nationales bénéficiant de financements de la Banque pour des ouvrages nécessitant des évaluations d'impact environnemental et de nouveaux équipements consultent la communauté des intéressés, en fournissant en temps utile des informations compréhensibles, et offrent des alternatives. Les autorités nationales doivent ensuite tenir compte des opinions exprimées dans la consultation⁶.

Le Gatt 1994 et l'*Anti-dumping Agreement* permettent l'établissement de tarifs antidumping. Mais ceci ne peut se faire qu'à la suite d'instructions au cours desquelles toutes les parties intéressées peuvent défendre leurs intérêts. Dans ce but, les autorités nationales qui entendent établir des tarifs antidumping doivent fournir au plus tôt toutes les informations pertinentes et donner à toutes les parties intéressées la possibilité de rencontrer les porteurs d'intérêts divergents. Les parties intéressées sont le gouvernement du pays exportateur, l'exportateur ou

le producteur étranger, leurs associations, les producteurs de biens similaires dans le pays importateur et leurs associations⁷.

Ces trois exemples⁸ montrent que l'intervention du secteur privé dans les procédures administratives est prévue et régie par le droit administratif global. Elle est prévue soit dans des procédures individuelles, comme celle visant à obtenir un brevet, soit dans des procédures collectives, comme l'évaluation environnementale ou l'impact social de grands ouvrages publics, soit dans des procédures transnationales, comme celles qui permettent d'imposer des droits à la charge des exportateurs qui pratiquent le dumping.

En second lieu, le droit d'être entendu se présente soit sous des formes individuelles – comme dans le cas du déposant d'un brevet vis-à-vis de l'autorité ultra-étatique – soit sous des formes collectives – comme dans le cas des consultations de communautés – soit sous des formes propres aux controverses multipolaires – comme dans le cas des droits antidumping, qui donnent lieu à des conflits entre deux États et plusieurs entreprises.

4. *L'obligation globale de motiver les décisions*

La *World Trade Organization* permet aux États de réagir à l'octroi de subventions par d'autres États – pratiques considérées comme illégales – par l'imposition de taxes destinées à contrebalancer l'effet des subventions. Cette matière est régie par l'art. XIX du Gatt 1994 et par les *Gatt Safeguard Measures*. Ces dernières prévoient, à l'article 3, que les taxes introduites pour contrebalancer les subventions sont établies par des décisions motivées, fournissant des explications aux importateurs, aux exportateurs et aux autres parties intéressées, parmi lesquelles les gouvernements étrangers concernés.

Dans ce cas également des normes globales imposent des règles aux procédures des autorités administratives nationales et assurent le respect du droit, non seulement des personnes privées, mais aussi d'autres administrations, d'obtenir une décision motivée.

L'organe d'appel de la *World Trade Organization* a été appelé à préciser l'étendue et la qualité de l'explication fournie par ceux qui adoptent les contremesures. À cette occasion, il a affirmé que l'obligation de motivation ne servait pas seulement à garantir la transparence des décisions publiques et à expliquer les décisions d'un gouvernement à un autre, mais aussi à permettre au juge de la *World Trade Organization* de contrôler la légalité des décisions des gouvernements⁹.

5. *Le réexamen des décisions par le juge global*

Le développement le plus important et le plus récent du droit administratif global est, cependant, celui qui concerne la justice administrative. Dans la dernière décennie l'on a assisté à la constitution d'un nombre croissant d'organes quasi juridictionnels et juridictionnels, permanents ou temporaires, volontaires ou obligatoires, pour la résolution de litiges découlant de la globalisation administrative. Donc la négociation, instrument traditionnel de résolution des litiges dans l'aire ultra-étatique, est supplantée par l'attribution à un organe tiers de la tâche de résoudre les conflits.

Les formules de la justice administrative globale sont nombreuses. Les principales sont au nombre de trois. En premier lieu, des organes administratifs dotés de fonctions contentieuses. En second lieu, des organes *ad hoc*, non permanents, auxquels une des parties en conflit peut recourir. En troisième lieu, de véritables juges administratifs permanents, dont la saisine est obligatoire en cas de conflit (c'est-à-dire qu'elle n'est pas conditionnée par le choix et

l'accord d'une ou des deux parties). J'évoquerai, dans la suite des développements, quelques exemples des trois types.

Un exemple du premier type est le *World Bank Inspection Panel*. Créé en 1993, il est indépendant de l'administration de la *World Bank*. Une procédure d'inspection peut être demandée par la partie intéressée, à condition qu'il s'agisse d'au moins deux personnes. Quiconque a un intérêt peut intervenir dans la procédure d'inspection, qui comprend des auditions. Le « Panel » réexamine les actions ou omissions de l'administration de la *World Bank* à la lumière des « *Policies and Procedures* » définies par cette même banque (donc l'étalon de jugement est constitué par des normes globales).

La fonction du « Panel » – selon les normes de 1993 et 1999 qui le régissent – est de contrôler la conduite de l'administration de la Banque, et non des autorités qui reçoivent des financements. Toutefois, de fait, le Panel réexamine également les décisions de l'autorité nationale financée, pour s'assurer que celle-ci s'est conformée aux directives de la *World Bank*¹⁰.

Des exemples du deuxième type sont les nombreux *Arbitral Tribunals* prévus par les normes globales, entre autres par la *United Nations Convention on the Law of the Sea*, par le *World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center*, qui assure des services de résolution des litiges et l'*Arbitral Tribunal* de l'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Icsid). Dans ce dernier cas les deux parties doivent être d'accord sur le recours à l'arbitrage, mais la décision est contraignante pour les parties. Le Tribunal arbitral tranche les controverses sur la base du droit choisi par les parties.

Une espèce particulière de tribunal administratif est le *Nafta Binational Panel*. Celui-ci trouve son origine dans une série de conflits entre le Canada et les États-Unis, commencés en 1975. À partir de cette date, les États-Unis ont accru les taxes *antidumping* et les mesures de sauvegarde à l'encontre du Canada, qui réagit en 1985 par une loi permettant des actions similaires. Pour sortir de ce conflit le chapitre 19 du traité fut créé, prévoyant une forme de justice administrative globale, destinée au réexamen des décisions des organes administratifs nationaux. Le réexamen est conduit sur la base du droit national. Des personnes privées peuvent réclamer l'institution de « panels », composés de cinq personnes, deux par gouvernement, plus une, alternativement désignée par chacun des gouvernements. La décision de cet organe est alternative à celle des tribunaux nationaux. Les parties représentées devant lui sont les entreprises intéressées et l'autorité administrative du pays qui a adopté les contremesures.

Des exemples du troisième type d'organes judiciaires sont l'*International Tribunal for the Law of the Sea* et l'organe d'appel de la *World Trade Organization*. Les parties représentées devant le premier organe sont formellement les États, mais ce sont de fait le propriétaire du navire et l'État soumis à examen. Plus complexe est le mode d'intervention du second organe. Après consultation entre les parties est institué un juge de première instance. Sa décision finale est adoptée par le *Dispute Settlement Body*. Il est possible d'exercer un recours auprès de l'organe d'appel, qui est permanent et dont la décision finale est adoptée par le *Dispute Settlement Body* (avec « reverse consensus », dans le sens où le « consensus » est nécessaire pour renverser la décision de l'organe juridictionnel).

Le développement des modes juridictionnels ou quasi-juridictionnels de résolution des litiges dans l'arène globale est donc loin d'être parfait. Aux imperfections relevées il faut ajouter celle qui découle de la déficience des systèmes d'exécution des décisions juridictionnelles ou

quasi-juridictionnelles. Le système le plus complet, celui de la *World Trade Organization*, est fondé sur une sorte de justice privée, concédée par le juge, qui exerce sur elle son contrôle (dénommé «*retaliation*»).

6. Développement, limites et caractéristiques originales de la «*rule of law*» globale

L'examen effectué jusqu'ici permet de noter que certaines des institutions caractéristiques de l'«*État de droit*» administratif sont présentes dans l'ordre juridique global. Elles se sont développées très rapidement et présentent des imperfections notables, mais aussi de nombreuses particularités.

Commençons par l'expansion de la *rule of law* globale. Il existe deux causes à son développement rapide. D'un côté, les systèmes de régulation globaux ne sont pas passés – comme ceux des États – à travers l'expérience autoritaire ou absolutiste. Donc l'introduction et le développement des institutions de garantie ont été plus aisés et rapides. D'un autre côté, ces dernières pallient aussi le déficit démocratique des ordres juridiques globaux, dont la légitimité populaire est seulement indirecte, à travers les États. Il n'existe pas en effet d'élections globales, tandis qu'il existe des procédures de participation, l'obligation de motivation, une justice administrative globale. Ainsi les garanties tempèrent l'absence de démocratie.

Les imperfections sont nombreuses. L'obligation d'entendre les intéressés avant de décider n'est pas toujours suivie de l'obligation de tenir compte des résultats des auditions et de motiver la décision.

L'«*Inspection Panel*» de la *World Bank* est un organe indépendant, mais administratif, et ses rapports ne constituent que des recommandations. Son stade de développement est comparable à celui de la justice administrative française avant 1872 (dite «*justice retenue*»). Les décisions de premier degré et d'appel des organes de justice de la *World Trade Organization* doivent être également adoptées par le *Dispute Settlement Body* (qui est le *General Council* sous une autre forme), encore que par «*reverse consensus*».

Il n'existe pas de démarcation nette entre la solution judiciaire et la résolution négociée des litiges. Les mêmes normes prévoient l'obligation de négocier avant et après les décisions juridictionnelles, outre l'obligation de s'abstenir d'adopter des actes unilatéraux.

Mais la limite majeure des institutions appelées à faire respecter la *rule of law* dans l'ordre juridico-administratif global est encore différente, plus étendue et plus pénétrante, vaste et répandue, issue de son mode de développement. L'ordre administratif global est en effet composé, comme nous l'avons noté au début, d'une pluralité de régimes de régulation distincts, même s'ils ne sont pas complètement séparés (normes sur l'environnement, sur le transport aérien, sur l'usage des mers, sur les ressources marines, sur le commerce des biens, sur la classification et la protection des aliments, sur l'Antarctique, sur les brevets, et ainsi de suite, pour presque tous les secteurs intéressant l'activité humaine). L'ordre juridique national, en revanche, est organisé en un système général de règles, qui s'articulent ensuite en régimes spéciaux, par matières ou secteurs ; ces régimes descendent toutefois du régime général, dont découlent des règles de base.

La raison de cette différence est simple : les ordres internes sont nés et se sont développés à partir et autour d'un centre, le gouvernement ; les ordres globaux en revanche sont privés de centre.

Il en découle que – nonobstant les connections entre les régimes globaux et les instances internationales, le processus d'accumulation, les prêts et les contagions entre régimes – les

règles qui régissent l'ordre juridique global ne sont pas générales, mais toujours spéciales. Elles s'appliquent à un régime, mais pas à un autre. Ainsi par exemple l'obligation de motivation ne découle pas d'un principe général, mais d'un principe spécial, propre aux secteurs dans lequel il s'applique et auxquels il est confiné, à moins que des connexions ou des contagions n'en augmentent la portée.

En somme l'ordre juridico-administratif global ne naît pas avec des caractéristiques unitaires mais comme un ensemble de régimes spéciaux. La portée des règles qui régissent chaque secteur est donc limitée. Elles ne font pas corps, comme dans un État.

Toutefois l'« État de droit », dans sa dimension globale, présente aussi des caractéristiques particulières qui le différencient dans un sens positif des formes qu'il adopte en droit national. La participation à la procédure administrative adopte des formes beaucoup plus complètes que les consultations et les interventions des particuliers dans les droits domestiques. Des normes globales posent l'obligation pour les administrations nationales et globales d'entendre les personnes privées et d'autres administrations, ainsi que les citoyens et les entreprises d'autres États.

Des normes globales imposent aux États de motiver les décisions qu'ils opposent aux particuliers (leurs ressortissants ou des étrangers) ou à d'autres administrations nationales.

Les juges globaux tranchent des différends multipolaires où s'opposent des intérêts publics et privés et divers États.

Il existe donc dans le droit administratif global une composante verticale, comme dans un État, et une composante horizontale, transnationale, peu connue et peu développée à l'intérieur des ordres juridiques nationaux, essentiellement hiérarchiques et où toutes les lignes de commandement conduisent au centre.

Le droit administratif global présente, en raison des imbrications évoquées, une plus grande richesse que les droits domestiques. Dans un sens vertical, les normes globales établissent des règles destinées aussi bien aux administrations nationales qu'aux personnes morales et physiques et qui doivent être respectées non seulement dans les rapports entre administrations nationales, mais également dans les rapports de ces dernières avec les personnes privées, et entre personnes privées.

Dans un sens horizontal, le droit administratif global inclut, à côté des rapports multi-niveaux, dans rapports entre administrations nationales. Ces derniers rapports sont potentiellement étrangers au niveau supérieur, mais il les utilise pour enrichir les instruments juridiques de son action.

Le caractère protéiforme du droit administratif global comporte de nombreux avantages. Le premier est le nivellement par le haut : le citoyen d'un État dans lequel sont prévus des mécanismes de participation et d'*accountability* moins efficaces bénéficie du fait que le droit international impose à cet État des *standards* de participation et d'*accountability* plus élevés, tirés d'autres ordres étatiques, qui les reconnaissent à leurs propres citoyens¹¹.

Le second est le choix que permettent le nivellement, l'harmonisation et les accords de reconnaissance mutuelle. Le droit n'est plus ainsi obligatoire mais devient l'objet d'un choix à la disposition des intéressés.

L'on ne peut enfin exclure que soient en cours de formation dans l'ordre juridico-administratif des institutions différentes, étrangères à l'expérience étatique, ayant des fonctions de garantie des droits propres à la *rule of law*. Mais c'est là un thème en partie différent, qui nécessite une analyse particulière.

¹ Tribunal de première instance des Communautés européennes, aff. T-306/01 du 21 septembre 2005.

² International Tribunal for the Law of the Sea, *Juno Trader Case*, n. 13, 28 décembre 2004.

³ J'utilise dès le titre de ce chapitre les deux expressions État de droit et *rule of law* comme équivalentes, même si elles ne le sont pas dans le contexte étatique, comme l'a très bien souligné, récemment, F.P. Casavola, *Dal diritto romano al diritto europeo*, Naples, Editoriale Scientifica, 2006, p. 15: « il est intéressant de noter l'absence d'équivalence entre *Rechtsstaat* et *rule of law*, expressions communément entendues dans le sens d'État de droit. La première renvoie à la phase moderne du droit constitutionnel qui se soumet au droit, la seconde est l'emblème d'une société sans État qui crée son droit en limitant le pouvoir de l'État de produire du droit ».

⁴ L'expression est ici utilisée dans le sens utilisé par la science politique et, par référence aux systèmes globaux, comme un ensemble de règles ou de systèmes de régulation.

⁵ Art. 34-36 du Traité de coopération sur les brevets; v. également les articles 66 à 71 du règlement d'exécution du traité, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998.

⁶ Sur ces normes v. le *Report and Recommendation* de l'*Inspection Panel* de la *World Bank* relatif au *Mumbai Urban Transport Project*, 2 septembre 2004.

⁷ Art. 6 de l'*Anti-dumping Agreement*. V. sur cet article : *Wto Appellate Body Report*, WT/DS/219/AB/R, du 28 août 2003.

⁸ Pour d'autres exemples v. S. Cassese, *Une procédure équitable globale?* dans le présent ouvrage.

⁹ *WTO Appellate Body Report*, WT/DS 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 258, 259/AB/R.

¹⁰ Comme dans le cas du *Report and Recommendation* pour le *Mumbai Urban Transport Project*, 3 septembre 2004.

¹¹ S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXXVII, 2006, 2, p. 325.