

VII.

Une procédure équitable globale ?

1. Immaturité du droit international ?

Les administrations sont toujours plus internationales. Les régimes de régulation se déplacent des autorités nationales aux institutions globales. Les organisations internationales exercent des fonctions de régulation et d'administration, et procèdent à la résolution des litiges. Leur nombre est en constante augmentation (il existait 123 organisation globales en 1951; 160 en 1960; 242 en 1971; 1039 en 1981; actuellement, il y en a environ 2000¹) ainsi que leur personnel (des 65.000 employés de 1970 l'on est passé à 100-120.000 en 1981, et à 250.000 aujourd'hui²). Leur influence grandit de même..

Une fois reconnue l'existence d'une administration globale, peut-on affirmer qu'elle est soumise à ces règles spéciales – le droit d'être entendu, l'obligation de motivation, le contrôle juridictionnel – que nous appelons droit administratif ? Ou bien, dans cette phase initiale, l'administration globale est-elle encore régie par le secret, le caractère informel et l'arbitraire ?

Hans Kelsen, en 1934, écrivait que « le droit international est un système primitif, du fait qu'il ne dispose pas des organes nécessaires à la production et à l'application de ses normes ; ainsi il doit s'en remettre à la communauté internationale, dans son ensemble, pour créer les normes, et aux États nations, pris individuellement, pour assurer leur application »³.

Le diagnostic de Kelsen a récemment été repris par trois auteurs. Le premier a souligné que « la persistante immaturité du droit international est due à l'échec des organisations internationales dans la garantie de la *rule of law*. Seule cette dernière, en fait, caractérise sans équivoque la présence d'un ordre juridique mature »⁴. Le second a observé qu'une organisation internationale « agit [...] dans une sorte de vide normatif, qui peut littéralement être défini comme un espace *a-juridique* »⁵. Le troisième a noté que la globalisation est l'affirmation la plus évidente de la supériorité du gouvernement des technocrates, qui contraste avec le puissant nouveau système [américain] de droit administratif, conçu pour garantir au maximum à la fois la participation des groupes intéressés aux procédures de décision et le devoir, pour les administrateurs, de rendre publics chaque élément recueilli, leurs analyses et leurs choix et de prouver au public qu'ils ont l'*expertise* demandée.

En outre, « la *governance* globale ou transnationale [...] comporte [...] de sérieux problèmes pour le droit administratif. Dans le cadre de ce modèle de *governance*, les processus décisionnels ont une forme nouvelle et tendent à devenir élitistes et opaques, avec peu de participants, sans accord sur les protocoles à suivre. [...] Le manque de mécanismes de participation définis de manière transparente a même provoqué de nombreuses manifestations de rue, destinées à réclamer une place à la table des négociations : mais jusqu'ici, l'on connaît peu d'instruments et peu de règles pour garantir ces interventions »⁶.

Selon un point de vue opposé, la dimension régulatoire du droit international a comporté

l'émergence d'une *global governance* dont une des caractéristiques est la « procéduralisation au niveau international qui, à son tour, influe sur la procéduralisation interne »⁷.

Je n'examinerai pas ici dans son entier la question du développement de la *rule of law* au niveau global⁸. Je m'arrêterai plutôt sur un aspect particulier de ce problème, qui peut se résumer ainsi : les mécanismes de participation à la procédure administrative non contentieuse, assurés par les administrations nationales, sont-ils présents dans l'ordre juridique global ? Le droit de « *notice and comment* » (dans les procédures de régulation) et le droit d'être entendu (dans les procédures d'*adjudication*) – en un mot, la procédure équitable – sont-ils garantis dans l'arène internationale ?

Cette façon de poser la question se justifie par le fait que « des procédures décisionnelles équilibrées et transparentes ont permis de garantir pleinement la soumission aux décisions et, d'une manière plus générale, aux normes, aux autorités et aux institutions »⁹. Une procédure équilibrée et transparente, en fait, joue un rôle important dans la construction du consensus social. La participation encourage la coopération des administrés avec les autorités. La reconnaissance de droits de participation dans l'ordre juridique global peut ainsi augmenter la légitimité des organisations internationales.

L'analyse s'articule en deux parties. La première présente une taxinomie des droits de participation et des normes procédurales. Dans la seconde, après avoir mesuré le degré de développement des droits de participation dans la sphère administrative globale, nous procéderons à une comparaison entre les procéduralisations globale et interne.

2. La gamme des droits de participation dans la sphère globale

Dans les systèmes nationaux, le droit des sujets intéressés à ce que leurs observations soient prises en compte avant la décision est l'un des éléments classiques du droit administratif. Différentes versions de ce principe sont appliquées d'une manière croissante dans la *governance* administrative globale¹⁰.

Dans les ordres juridiques nationaux, les droits de participation présentent une structure simple. Par exemple, si une autorité doit adopter un acte administratif ayant des effets sur une large catégorie de la population, la loi peut établir que les parties intéressées seront consultées et que leurs points de vue et leurs observations seront pris en considération. Ou bien si une administration doit appliquer des sanctions à des personnes privées, la loi peut exiger que le sujet contre lequel la procédure est mise en œuvre soit entendu et que le résultat de l'audition soit attentivement pris en compte au moment de la décision (et que cette dernière soit, si possible, motivée de manière adéquate).

Dans l'ordre juridique global, la situation est beaucoup plus complexe. Au cours des procédures de régulation, la participation peut être garantie aux autorités nationales ou aux citoyens. Les autorités nationales peuvent présenter des commentaires et des observations au cours des procédures globales ou des procédures nationales d'un autre État. Les particuliers peuvent être entendus tant par les autorités nationales que par les autorités étrangères. Le droit d'être entendu peut être garanti aussi bien dans un sens vertical (par exemple à un gouvernement national en conflit avec une organisation internationale) qu'horizontal (comme dans le cas d'une autorité nationale en conflit avec l'autorité d'un autre État). Les gouvernements nationaux comparaissent devant les organisations internationales (et en leur

sein) aussi bien unitairement qu'agrégées au sein d'organes. Les relations sont normalement triangulaires (particuliers, gouvernements nationaux et institutions globales), plutôt que bilatérales. Ainsi se manifeste la complexité croissante de la participation dans l'arène globale.

Voyons à présent, les cinq principales catégories de droits de participation. Dans la première catégorie, les normes globales imposent la participation, au profit des particuliers, face aux administrations nationales. Ces normes ne font que renforcer une participation déjà garantie par les normes nationales ; dans le même temps elles étendent leur champ d'application, garantissant le droit de participation aux étrangers.

La deuxième catégorie concerne les normes globales qui imposent des droits de participation, au bénéfice des administrations étatiques, face aux institutions globales. Dans ces cas, les organisations internationales se soumettent spontanément à la *rule of law*. Ces dispositions favorisent les administrations nationales, qui peuvent jouer un rôle plus actif que celui qui leur est normalement réservé.

La troisième catégorie se rapporte à des normes qui imposent des droits de participation aux administrations nationales, au profit d'autres administrations nationales. Cette obligation pèse sur des sujets qui, du point de vue formel, ont la même position que ceux auxquels le droit de participation est garanti.

Dans la quatrième catégorie, des normes globales garantissent la participation d'organisations globales auprès d'autres administrations internationales.

Dans la cinquième catégorie, enfin, des normes globales assurent le droit de participation directement aux sujets privés à l'encontre d'institutions internationales.

2.1. *Le droit de participation des personnes privées à l'encontre des administrations nationales*

En premier lieu, des normes globales peuvent prévoir la participation de sujets privés au cours de procédures nationales.

Par exemple, le *Principe n° 10* de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, signée les 3-4 juin 1992 a établi que « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques [...] et avoir la possibilité de participer aux processus décisionnels. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en lui facilitant l'accès aux informations [...] »

Ensuite, la *Convention d'Aarhus* de 1998, sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement¹¹ a établi le principe de la « participation publique » (art. 1.1). Pour promouvoir un tel principe, l'art. 6 de la Convention prévoit que « le public concerné est informé comme il convient » de l'engagement d'une procédure décisionnelle en matière environnementale. La procédure doit assurer de manière adéquate « les garanties de participation » par une audition publique qui permette d'adresser des observations ou des demandes et par l'indication d'un délai raisonnable pour que le public soit informé en temps utile. En outre, la participation doit être garantie rapidement, lorsque toutes les options sont encore possibles et qu'une participation effective du public peut avoir lieu. Dans la phase de décision, les résultats de la participation doivent recevoir l'attention voulue. L'administration a aussi l'obligation de rendre « accessibles au public le texte de la décision, ainsi que les motifs et les considérations sur lesquels elle se fonde ».

L'article 7 reconnaît le droit de participation lors de la phase préparatoire des plans, programmes et politiques concernant l'environnement ; l'article 8 établit le droit à une « *participation effective du public durant la phase d'élaboration par des autorités publiques des dispositions réglementaires et autres règles juridiquement contraignantes d'application générale qui peuvent avoir un effet important sur l'environnement* ». À cette fin, il doit être « permis au public de formuler des observations directement ou par le biais d'organes consultatifs représentatifs. Les résultats de la participation du public sont pris en considération de la manière la plus large possible ».

Un second exemple est constitué par le *Code de conduite pour une pêche responsable (Code of Conduct for Responsible Fisheries)*, un accord adopté sur une base volontaire, qui sert d'« instrument de référence pour aider les États à établir ou à améliorer le système légal et institutionnel nécessaire à l'exercice d'une pêche responsable » (art. 2). L'article 6.13 établit que

« Les Etats devraient veiller à ce que, dans la mesure où les lois et les règlements nationaux le permettent, les processus de décisions soient transparents et permettent de résoudre en temps voulu des questions urgentes. Conformément aux procédures appropriées, lors de la prise de décision relative à l'élaboration des lois et des orientations de politiques concernant l'aménagement et le développement des pêcheries, ainsi que l'assistance et les prêts internationaux, les Etats devraient faciliter la consultation et la participation effective de l'industrie, des travailleurs du secteur, des organisations environnementales et autres organisations intéressées ».

Au sens de l'article 6.16, les États « devraient veiller à ce que les pêcheurs et les aquiculteurs participent, selon qu'il convient, au processus de formulation des politiques et de leur application, en vue de faciliter la mise en oeuvre du Code ». L'article 7.1.2 dispose que « dans les zones relevant de leur juridiction nationale les Etats devraient s'efforcer d'identifier les parties nationales intéressées qui ont un intérêt légitime dans l'utilisation et la gestion des ressources halieutiques et devraient instituer des arrangements permettant de les consulter pour s'assurer de leur collaboration dans la conduite d'une pêche responsable ». Aux termes de l'article 7.1.6,

« Les représentants des organisations concernées, tant gouvernementales que non gouvernementales, s'occupant de pêche devraient avoir la possibilité de participer aux réunions des organisations et arrangements sous-régionaux et régionaux d'aménagement des pêcheries [...]. Ces représentants devraient avoir accès en temps voulu aux dossiers et rapports de ces réunions, sous réserve des règles de procédures régissant l'accès à ces renseignements ».

Enfin, l'article 11.3.2 établit que « *Les Etats devraient, conformément à leur législation nationale, faciliter la consultation et la participation, de manière appropriée, de l'industrie, ainsi que de groupes environnementalistes et de groupes de consommateurs, à l'élaboration et à la mise en application des lois et règlements ayant trait au commerce du poisson et des produits de la pêche* »¹².

Un troisième exemple est le *Protocole de Carthagène sur la biosécurité*, annexé à la *Convention de Montréal sur la biodiversité* de 2000¹³. En particulier, l'article 23, consacré à la participation et à l'information, prévoit que « *Les Parties : a) Encouragent et facilitent la sensibilisation, l'éducation et la participation du public* » et « *conformément à leurs lois et*

réglementations respectives, consultent le public lors de la prise des décisions relatives aux organismes vivants modifiés et mettent à la disposition du public l'issue de ces décisions [...] ».

Un quatrième exemple est celui des *Lignes directrices pour les accords sur les relations avec les organisations non gouvernementales (Guidelines for Arrangements on Relations with Non-Governmental Organizations)*, adoptés par le Conseil général de la *Wto* le 18 juillet 1996¹⁴. Ces *Lignes directrices* sont établies en considération de la «nature spéciale de la *Wto*». Étant donné que l'implication directe des ONG dans les travaux et les réunions de la *Wto* n'est pas possible, «*la consultation et la coopération avec les ONG peuvent aussi être renforcées de façon constructive par des processus appropriés au niveau national, où réside la responsabilité première de tenir compte des différents éléments d'intérêt public qui influent sur l'élaboration de la politique commerciale* ».

Un cinquième exemple est constitué par l'*accord d'application de l'article VI de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, de 1994 (*General Agreement on Tariffs and Trade-Gatt*). L'article 6.1 prévoit que «*toutes les parties intéressées par une enquête antidumping seront avisées des renseignements que les autorités exigent et se verront ménager d'amples possibilités de présenter par écrit tous les éléments de preuve qu'elles jugeront pertinents pour les besoins de l'enquête en question* ». L'article 6.1.2 stipule, en outre, que «*les éléments de preuve présentés par écrit par une partie intéressée seront mis dans les moindres délais à la disposition des autres parties intéressées participant à l'enquête* ». L'article 6.1.3 établit que «*Dès qu'une enquête aura été ouverte, les autorités communiqueront aux exportateurs connus et aux autorités du Membre exportateur le texte intégral de la demande présentée par écrit [...] et le mettront sur demande à la disposition des autres parties intéressées* ». L'art. 6.2 poursuit «*Pendant toute la durée de l'enquête antidumping, les parties intéressées auront toutes possibilités de défendre leurs intérêts* »¹⁵.

Un sixième exemple est constitué par les *Lignes Directrices pour l'évaluation conjointe par les services de la Banque et du FMI du Document de Stratégie de Réduction de la Pauvreté (Guidelines for Joint Staff Assessment of a Poverty Reduction Strategy)* de la *World Bank*. Celles-ci exigent que le programme dénommé Initiative en faveur des Pays pauvres fortement endettés (*Heavily Indebted Poor Countries Initiative – Hipc*), lancé en 1996, se base sur la participation. La société civile, les mouvements pour la représentation des femmes, les minorités ethniques, les institutions de recherche pour les politiques publiques, les universités, les syndicats du secteur privé et les représentants des différentes régions de l'État intéressé doivent être impliqués dans l'établissement d'une stratégie au niveau national, afin d'obtenir des prêts et des réductions de dette.

Enfin il y a l'exemple de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail (North American Agreement for Labor Cooperation – Naalc/Anact)*. Entré en vigueur en 1994, l'Accord a institué la Commission pour la coopération dans le secteur du travail (*Commission for Labor Cooperation*). L'article 5 paragraphe 1 de l'Accord prévoit que :

«*Chacune des Parties veillera à ce que les procédures de ses instances administratives, quasi judiciaires et de ses tribunaux du travail visant l'application de sa législation du travail soient justes, équitables et transparentes, et, à cette fin, elle fera en sorte que ces procédures: a)*

*soient conformes au principe de l'application régulière de la loi * b) soient ouvertes au public [...]; permettent aux parties à la procédure de faire valoir leurs points de vue et de présenter des informations ou des éléments de preuve; et d) ne soient pas inutilement compliquées, et n'entraînent ni frais ou délais déraisonnables ni retards injustifiés »¹⁶.*

Cette norme exige en outre que les gouvernements nationaux motivent de manière adéquate leurs décisions (sur la base des informations et des preuves sur lesquelles les parties intéressées ont été entendues) et sanctionne le droit de recourir à des tribunaux impartiaux et indépendants.

Lorsque les normes supra-étatiques ne déterminent pas la structure de la procédure, elles instituent souvent des organes internationaux dotés de fonctions de supervision du respect des normes globales par les autorités nationales, et chargés d'en évaluer le champ d'application et la mise en œuvre cas par cas. Lorsque les normes globales applicables ne régissent que les aspects substantiels et non les aspects procéduraux, les organes dotés de fonctions de supervision créent des dispositions procédurales afin d'assurer la défense des droits substantiels. Dans ces cas, les normes globales établissent donc la participation à des procédures décisionnelles nationales sous le contrôle de la régulation globale. Il s'agit d'une variante du premier modèle, en ce que les normes globales obligent les États à assurer la participation, mais imposent aux institutions internationales d'en vérifier l'application effective au niveau national.

L'article 3 de l'*Accord sur les sauvegardes (Agreement on Safeguards)* de l'OMC prévoit que :

« Un Membre ne pourra appliquer une mesure de sauvegarde qu'à la suite d'une enquête menée par les autorités compétentes de ce Membre selon des procédures préalablement établies et rendues publiques conformément à l'article X du GATT de 1994. Cette enquête comprendra la publication d'un avis destiné à informer raisonnablement toutes les parties intéressées, ainsi que des auditions publiques ou autres moyens appropriés par lesquels les importateurs, les exportateurs et les autres parties intéressées pourraient présenter des éléments de preuve et leurs vues et, notamment, avoir la possibilité de répondre aux exposés d'autres parties et de faire connaître leurs vues, entre autres choses, sur le point de savoir si l'application d'une mesure de sauvegarde serait ou non dans l'intérêt public. Les autorités compétentes publieront un rapport exposant les constatations et les conclusions motivées auxquelles elles seront arrivées sur tous les points de fait et de droit pertinents ».

L'article 13 a en outre institué un Comité des sauvegardes avec des fonctions de supervision de la mise en œuvre de l'*Accord (Committee on Safeguards for the Oversight of the Agreement's Implementation)*. Ce comité doit « vérifier, à la demande d'un Membre affecté, si les règles de procédure du présent accord ont été respectées relativement à une mesure de sauvegarde, et rendre compte de ses constatations au Conseil du commerce des marchandises ». Aux termes de l'article 12, les membres ont l'obligation de notifier immédiatement au Comité l'engagement d'une enquête et la décision d'appliquer ou de proroger une mesure de sauvegarde. Dans le cas de mesures conservatoires, leur notification doit être effectuée avant leur adoption. Les membres doivent ensuite fournir au Comité toutes les informations utiles.

Dans ce cas, la participation est garantie par des normes globales à des sujets privés face aux administrations nationales. Ce peuvent être des citoyens de l'État concerné, mais aussi des étrangers. La participation répond à des finalités de défense, pour la protection des intérêts

* *Due process of law* dans la version anglaise de l'Accord. NDT.

des parties.

Il existe cependant des cas dans lesquels le principe de procédure équitable n'est pas imposé aux gouvernements par des normes globales, mais par un organe de jugement global. L'article 73.2 de la *United Nations Convention on the Law of the Sea* dispose que « lorsqu'une caution ou une garantie suffisante a été fournie, il est procédé sans délai à la mainlevée de la saisie dont un navire aurait fait l'objet et à la libération de son équipage ».

L'*International Tribunal for the Law of the Sea*, dans l'affaire *Juno Trader*¹⁷, du 18 décembre 2004, a considéré (pt. 77) que « l'obligation de procéder à la prompte mainlevée de l'immobilisation d'un navire et à la prompte mise en liberté de son équipage englobe des considérations élémentaires d'humanité et la garantie d'une procédure régulière. L'exigence que la caution ou toute autre garantie financière soit raisonnable démontre que l'équité est l'une des finalités de cette disposition »¹⁸.

L'opinion individuelle du juge Treves est ainsi motivée : « En l'espèce, le fait essentiel, me semble-t-il, est qu'entre le moment où a été opérée la saisie du navire et le moment où la demande a été déposée au Tribunal [...] toutes les procédures internes qui se sont déroulées (quels que soient les recours éventuellement ouverts en droit interne) ont eu lieu en l'occurrence *inaudita altera parte* (c'est-à-dire sans donner à la partie inculpée la possibilité de se défendre) ». En fait « une confiscation opérée en violation des droits de la défense me paraît correspondre à un abus de droit de sorte qu'elle ne peut empêcher que soient ordonnées la mainlevée du navire et la libération de l'équipage ».

Enfin, des normes globales de nature procédurale ont été appliquées à des entités même non gouvernementales. Un premier exemple est fourni par les *Règles pour l'adoption de standards* du *Programme pour l'approbation des projets de certification forestière (Programme for the Endorsement of Forest Certification – Pefc)*. En particulier, l'article 3.5* régit la participation à la procédure d'adoption de standards pour la certification forestière :

3.5.1 Le processus d'élaboration des critères de certification doit être engagé par les organisations de propriétaires de forêts nationales ou par les organisations forestières nationales avec l'appui des principales organisations de propriétaires forestiers du Pays. Toutes les parties intéressées seront invitées à participer à ce processus. Leurs opinions seront documentées et prises en considération d'une manière ouverte et transparente. Un *Forum* (par exemple un comité, un conseil, un groupe de travail, etc) doit être institué, auquel les parties intéressées sont invitées pour pouvoir participer audit processus [...] ¹⁹. 3.5.2 Le public doit être informé de l'engagement du processus d'élaboration des standards. Les informations sur les développements de ce processus doivent être diffusées et discutées et les standards, dans leur version finale, doivent être rendus disponibles à toutes les parties intéressées, par exemple au moyen de leur publication sur *Internet*. 3.5.3 Les standards dans leur version finale sont diffusés au niveau national pour être soumis à une procédure formelle de consultation. La consultation doit assurer que les opinions des parties intéressées font l'objet de discussions. Le *Forum* doit fournir des informations à caractère général sur les changements intervenus à la suite du processus de consultation ²⁰.

Un deuxième exemple est celui des *Objectifs et principes de la régulation des marchés financiers (Objectives and Principles of Securities Regulation)*, adoptés par l'Organisation internationale des commissions de valeurs – OICV (*International Organization of Securities*

* Les règles citées par l'auteur, dont le texte officiel n'existe qu'en anglais, ont été modifiées à plusieurs reprises. La numérotation et le contenu présentés dans le présent article ont changé. Comme pour les autres textes ayant subi des modifications, c'est naturellement la version « originale » analysée par l'auteur qui est reproduite. NDT.

Commission – Iosco)²¹. L'article 6.5, intitulé *Clear and consistent regulatory processes*, dispose que :

« dans l'exercice de ses pouvoirs et de ses fonctions, le régulateur doit respecter des procédures qui soient : [...] transparentes à l'égard du public ; impartiales et inspirées du principe d'équité. Dans la formulation d'une politique, le régulateur doit suivre une procédure de consultation du public, comprenant les sujets pouvant être intéressés par une telle politique ; faire connaître ses politiques dans les domaines importants ; respecter les standards internationaux d'impartialité des procédures [...]. De nombreux régulateurs ont l'autorité de publier des rapports sur l'issue d'investigations et d'enquêtes, en particulier dans le cas où la publication peut fournir un guide utile aux opérateurs de marché et à leurs conseils. Toute publication d'un rapport doit respecter le droit de chacun d'être entendu de manière impartiale » .

Un troisième exemple est celui du *Code mondial antidopage*, adopté par l'Agence mondiale antidopage (*World Anti-Doping Agency – Wada*). Ce code établit les règles et principes que doivent respecter toutes les organisations antidopage, c'est-à-dire toutes les organisations responsables de l'adoption, de l'exécution ou de l'application des normes antidopage qui entrent dans leur champ de compétence (le Comité international olympique, le Comité international paralympique, les fédérations internationales, les organisations des événements les plus importants et les organisations antidopage nationales)²² .

L'article 8, sur le « droit à une audition équitable », dispose que :

« Chaque *organisation antidopage* responsable de la gestion des résultats devra prévoir une procédure d'audition à l'intention de toute *personne* soupçonnée d'avoir commis une violation des règles antidopage. Cette procédure d'audition devra déterminer si une violation des règles antidopage a été commise, et, si tel est le cas, quelles en sont les conséquences. Cette procédure devra respecter les conditions suivantes : tenue d'une audition dans un délai raisonnable ; instance d'audition équitable et impartiale ; droit pour la *personne* d'être représentée par un conseil à ses frais ; droit d'être informée équitablement et dans un délai raisonnable de la ou des violations des règles antidopage retenues ; droit de se défendre contre les accusations de violation des règles antidopage retenues et des conséquences qui en résultent ; droit pour chaque partie de soumettre des preuves, y compris droit de faire citer et d'interroger des témoins (l'acceptation de témoignages par téléphone ou par écrit étant laissée à l'appréciation de la commission) ; droit de la *personne* à un interprète lors de l'audition, la commission ayant la responsabilité de désigner l'interprète et de décider qui supportera les coûts inhérents ; droit à une décision écrite, motivée et dans un délai raisonnable »* .

La violation comporte la disqualification ; un recours peut cependant être proposé (articles 9 et 13)²³ .

Ainsi des normes globales sont adoptées par des organisations internationales privées, comme la *Pefc*, ou semi-publiques, comme la *Iosco* et la *Wada* (qui réunissent des administrations nationales). Ces règles sont imposées par le haut aux administrations nationales (ou aux diverses organisations visées par la norme globale) ; elles agissent verticalement et en diagonale, garantissant le droit d'être entendus à des sujets nationaux et étrangers. La participation est destinée à assurer la consultation et le droit d'être entendu²⁴ .

* Texte issu de la version officielle du traité en français. NDT.

Les exemples qui viennent d'être présentés peuvent être envisagés de manière analytique et comparative.

Les droits de participation des personnes privées varient de façon considérable. Ils sont prévus par le droit global et peuvent être appliqués dans des contextes différents. Il peut s'agir de procédures informelles, qui sont destinées à assurer la participation de la société civile à la définition des politiques publiques (que l'on pense aux *Lignes directrices* de la *Wto* sur les relations avec les organisations non gouvernementales ou à celles de la *World Bank* pour l'évaluation des stratégies de réduction de la pauvreté); de procédures de *rulemaking* (comme dans le cas du Code de conduite pour une pêche responsable ou de la régulation des marchés financiers); de procédures destinées à l'adoption d'actes administratifs (par exemple l'évaluation de l'impact environnemental, le transfert, la gestion et l'utilisation d'organismes vivants modifiés, les mesures commerciales de sauvegarde, la certification des forêts, la disqualification pour dopage et la mise en œuvre des normes sur les droits des travailleurs en Amérique du Nord); enfin, de procédures de résolution des conflits (comme les enquêtes antidumping).

Dans tous ces cas, la participation est prévue par des normes globales, dont seules quelques unes sont obligatoires. Les normes imposées aux ordres juridiques nationaux «par le haut», créent une ouverture verticale, dans le sens où elles obligent les autorités d'un État à entendre les particuliers; de cette manière, elles renforcent les dispositions nationales qui prévoient la participation au niveau interne. Mais en même temps, elles en dépassent la portée : habituellement, les normes nationales garantissent la participation aux seuls citoyens. Les normes globales, au contraire, demandent aux autorités nationales d'entendre aussi des sujets étrangers.

Les droits de participation examinés montrent, en outre, une grande variété sous le profil structurel.

Le droit de participation peut être garanti à l'encontre d'administrations publiques, d'organes semi-publics mais aussi d'instances privées. Des exemples de ce type se rencontrent dans le secteur de la certification forestière, de la régulation des marchés financiers et des mesures antidopage. Dans ce dernier cas seulement, il faut le noter, est exigée la présence d'un organe impartial.

Quoi qu'il en soit, les normes globales ne régissent pas complètement tous les aspects de la participation. En effet elles garantissent les droits de participation dans des procédures se déroulant devant des autorités nationales, et les organismes globaux n'ont ni l'envie ni le besoin d'interférer outre mesure avec les attributions des autorités nationales. De même pour l'identification des sujets dont le droit de participation est garanti, pour les dispositions sur le droit d'accès aux documents, pour le type de participation envisagé (comment présenter des observations ou intervenir à l'occasion de réunions) et pour l'obligation de prendre en compte de manière adéquate les observations présentées par les personnes privées.

Le droit de participation est garanti aux parties intéressées, y compris les citoyens ou les organisations impliquées. Dans certains secteurs, comme la pêche, les parties sont identifiées d'une manière plus spécifique : il s'agit des sujets qui peuvent faire valoir un intérêt légitime dans l'usage et la gestion des ressources ichthyques. Dans d'autres secteurs, comme dans les procédures de la *Wto* pour l'adoption de mesures de sauvegarde, ou dans le cas des normes antidumping, des sujets étrangers peuvent intervenir et les participants peuvent également répliquer aux observations des autres parties.

Pour rendre la participation effective, certaines normes globales garantissent le droit d'accès, le droit d'être informé, ou l'obligation pour les administrations de communiquer des documents. Des garanties similaires se rencontrent dans les secteurs de l'évaluation environnementale, de la régulation de la pêche, des mesures de sauvegarde et des mesures

antidumping de la *Wto*, de la certification forestière, de la régulation des marchés financiers et de la disqualification pour dopage.

Dans tous les cas, les normes globales encadrent les délais et les formes de la participation. Dans les procédures relatives à l'environnement, la participation doit être assurée en temps utile, de même que les auditions dans les procédures antidopage. La participation peut être écrite ou orale. Les droits de participation peuvent s'exercer lors d'auditions ou de rencontres. Les parties peuvent être ou non assistées d'un avocat (c'est le cas de la régulation de la pêche, des mesures de sauvegarde et antidumping de la *Wto*, de la certification forestière, de la régulation des marchés financiers et des mesures antidopage).

L'obligation, pour les administrations, de prendre en compte les observations présentées lors des auditions n'est expressément prévue que pour l'environnement, la consultation avec les ONG dans le cadre de la *Wto* et l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*. L'obligation de motivation n'est spécifiée que dans le domaine de l'environnement, pour les mesures de sauvegarde de la *Wto*, pour la disqualification pour dopage et pour les procédures nord-américaines en matière de droit du travail. Enfin, l'obligation de rendre publiques les décisions n'est établie que dans les cas de protection de l'environnement, des procédures relatives aux organismes génétiquement modifiés et de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*.

Passant de la structure de la participation à sa fonction, il convient de mettre en évidence quatre objectifs principaux. La participation peut être destinée à impliquer la société civile dans les procédures de décision publiques ou privées (par exemple, en matière d'environnement et pour la régulation des marchés financiers); elle peut servir à favoriser la collaboration des personnes privées à l'activité gouvernementale ou intergouvernementale (comme dans le cas de la pêche responsable); elle peut avoir pour fonction d'augmenter la confiance collective dans l'action publique (comme dans le cas des organismes génétiquement modifiés); elle peut enfin avoir la même finalité de défense qu'une instance judiciaire (mesures de sauvegarde ou mesures antidumping de la *Wto*, procédures antidopage et *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*).

Pourquoi les organisations globales adoptent-elles des mesures pour assurer la participation dans des matières relevant de la compétence des administrations internes ? Il est possible de distinguer trois raisons.

La première réside dans la nécessité d'uniformiser non seulement les biens, les services et les prix mais aussi les procédures. Cela conduit à codifier, au niveau global, les règles et les pratiques de bonne conduite suivies dans de nombreux pays. Le champ d'application de ces normes devient alors plus large puisqu'elles sont imposées à plusieurs gouvernements nationaux. Tel est le cas de la participation en matière environnementale, des procédés de certification forestière, des processus de régulation des marchés financiers et des procédures antidopage.

Dans d'autres cas, l'ordre global impose aux États la participation de sujets privés nationaux pour promouvoir la collaboration de ces derniers à la mise en œuvre des politiques globales, afin que les administrations nationales opèrent en accord avec ces politiques. Le *Code de conduite pour une pêche responsable* ou le *Protocole de Carthagène sur la biosécurité* (annexé à la *Convention sur la biodiversité*), les *Lignes directrices* de la *Wto* sur les relations avec les organisations non gouvernementales²⁵ et le programme *Hipc* de la *World Bank* en sont des exemples.

La troisième raison est que les normes globales, au contraire des normes nationales, garantissent la participation de sujets de nationalité différente. Dans le cas des enquêtes antidumping, des mesures de sauvegarde ou de la *Convention sur le droit de la Mer* (selon l'interprétation donnée par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire «Juno Trader»), les normes globales sont nécessaires pour attribuer le droit d'être entendu à des

sujets qui ne seraient pas autrement protégés par les normes nationales.

Lorsque les dispositions nationales garantissent la participation aux citoyens, mais non aux étrangers, les normes globales ont l'effet d'étendre le champ d'application des dispositions nationales ; en revanche lorsque les dispositions nationales n'accordent en aucune manière un tel droit, les normes globales établissent une garantie générale pour tous les sujets (mais dans ce cas ce sont les étrangers qui ont un intérêt particulier à exercer ce droit).

2.2. *Le droit de participation des gouvernements nationaux à l'égard des institutions globales*

Un second type de participation est celui qui est garanti aux gouvernements nationaux dans les procédures décisionnelles globales. Comme dans le modèle examiné précédemment, la participation se développe dans le sens vertical.

Le premier exemple est la *Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (International Convention for the Regulation of Whaling)*²⁶. Cette convention inclut une annexe, qui en fait partie intégrante. L'annexe peut être amendée. L'article V.3 dispose que la Commission doit en notifier les modifications à chacun des gouvernements contractants. Si un gouvernement contractant présente une objection, l'amendement n'aura pas d'effet à son encontre (dans ce cas, d'autres objections pourront être présentées par d'autres gouvernements). La modification, au contraire, entre en vigueur à l'égard des gouvernements nationaux qui n'ont pas soulevé d'objections²⁷.

Un second exemple est le *Protocole de Montreal sur les substances appauvrissant la couche d'ozone (Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer)* de 1987, modifié par la seconde Réunion des Parties de 1997²⁸. L'article 2.9 dispose que les propositions de ratification ou de réduction de la production et de la consommation des substances réglementées «sont communiquées aux Parties par le Secrétariat au moins six mois avant la réunion des Parties au cours de laquelle elles seront soumises à approbation»²⁹.

Nous trouvons un troisième exemple dans la *Procédure d'élaboration des normes Codex et textes apparentés (Procedures for the Elaboration of Codex Alimentarius Standards and Related Texts)*. La Partie I prévoit deux consultations avec les membres de la Commission (qui sont les États membres et les associés de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture - Fao et de l'Organisation mondiale de la Santé - Oms)³⁰. La première concerne le projet de proposition de standard. Celui-ci est envoyé aux membres de la Commission et aux organisations internationales intéressées pour observations. [...] (4) Les observations reçues sont envoyées par le Secrétariat à l'organe auxiliaire ou à un autre organe intéressé, qui a le pouvoir d'accueillir les observations et d'amender le projet de proposition contenant les normes. (5) Le projet est présenté par le Secrétariat à la Commission ou au Comité exécutif pour être adopté comme proposition de standard. Durant cette phase, avant de prendre quelque décision que ce soit, la Commission ou le Comité exécutif devra tenir compte de toute observation présentée par l'un de ses membres, concernant les répercussions possibles de la proposition ou de toute autre disposition qu'elle contient sur les intérêts économiques de l'État membre. [...] La proposition est envoyée par le Secrétariat à tous les membres et aux organisations internationales intéressées pour recueillir leurs observations sur tous les aspects, y compris les répercussions possibles du projet sur leurs intérêts économiques. (7) Les observations reçues sont envoyées par le Secrétariat à un organe auxiliaire ou à un autre organe intéressé qui a le pouvoir de recueillir ces observations et

d'amender la proposition de *standard*. (8) La proposition est présentée par le Secrétariat à la Commission avec toute autre proposition écrite reçue des membres et des organisations internationales intéressées pour les amendements de la Phase 8 en vue de son intégration au *Codex*.

La Partie II prévoit ensuite une forme de consultation analogue, structurée en deux phases, durant la « procédure unique accélérée pour l'élaboration des normes codex et textes apparentés ».

Un quatrième exemple est celui des *Orientations devant guider la mise en oeuvre de la Convention du patrimoine mondial (Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention)*³¹, adoptées par le *Comité intergouvernemental de la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Intergovernmental Committee for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage)*. Ce texte régit la participation des États membres à la procédure d'inscription sur la liste des biens du patrimoine mondial. À cette fin, les articles 149 et 150 disposent que les organes consultatifs sont invités à transmettre aux États parties [...] toute question finale ou demande d'information qu'elles souhaiteraient poser à l'issue de l'examen de leur évaluation. Les États parties concernés sont invités à envoyer une lettre au Président [...], avec copies aux Organisations consultatives, décrivant en détail les erreurs factuelles qu'ils auraient pu constater dans l'évaluation de leur(s) proposition(s) d'inscription, réalisée par les Organisations consultatives.

Le dialogue entre les institutions globales et les États se poursuit selon les formes indiquées par les articles 159 et 160 :

« Les propositions d'inscription que le Comité décide de renvoyer à l'État partie pour complément d'information peuvent être de nouveau présentées au Comité suivant pour examen. Les informations complémentaires doivent être présentées au Secrétariat [...]. Le Secrétariat les transmet immédiatement aux Organisations consultatives compétentes pour évaluation. Le Comité peut décider de différer une proposition d'inscription pour effectuer une évaluation ou une étude plus approfondie, ou demander une révision substantielle à l'État partie. [...] Ces propositions d'inscription font ensuite l'objet d'une nouvelle évaluation par les Organisations consultatives compétentes [...] »*.

Sur le fondement des articles 183, 184 et 196, la participation de l'État partie intéressé aux procédures de correction et de suppression des biens de la liste doit en outre être garantie .

Un cinquième exemple nous est donné par l'Organisation internationale du travail (Oit). L'article 26 de la Constitution de l'Organisation dispose que

« Chacun des Membres pourra déposer une plainte au Bureau international du Travail contre un autre Membre qui, à son avis, n'assurerait pas d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention que l'un et l'autre auraient ratifiée en vertu des articles précédents. 2. Le Conseil d'administration peut, s'il le juge à propos, et avant de saisir une Commission d'enquête [...] se mettre en rapport avec le gouvernement mis en cause [...] 3. Si le Conseil d'administration ne juge pas nécessaire de communiquer la plainte au gouvernement mis en cause, ou si, cette communication ayant été faite, aucune réponse ayant satisfait le Conseil d'administration n'a été reçue dans un délai raisonnable, le Conseil pourra former une

* Texte issu de la version officielle en français. NDT.

Commission d'enquête qui aura pour mission d'étudier la question soulevée et de déposer un rapport à ce sujet »³².

Il est fait obligation aux États parties de fournir à la Commission d'enquête toutes les informations en leur possession concernant l'objet de la plainte (article 27). Selon l'article 28, « La Commission d'enquête, après un examen approfondi de la plainte, rédigera un rapport dans lequel elle consignera ses constatations sur tous les points de fait permettant de préciser la portée de la contestation, ainsi que les recommandations qu'elle croira devoir formuler quant aux mesures à prendre pour donner satisfaction au gouvernement plaignant et quant aux délais dans lesquels ces mesures devraient être prises ».

Enfin, l'article 29 dispose que :

« Le Directeur général du Bureau international du Travail communiquera le rapport de la Commission d'enquête au Conseil d'administration et à chacun des gouvernements intéressés dans le différend, et en assurera la publication. 2. Chacun des gouvernements intéressés devra signifier au Directeur général du Bureau international du Travail, dans le délai de trois mois, s'il accepte ou non les recommandations contenues dans le rapport de la Commission et, au cas où il ne les accepte pas, s'il désire soumettre le différend à la Cour internationale de Justice ».

La Cour internationale de justice peut confirmer, modifier ou annuler les conclusions ou les recommandations de la Commission d'enquête³³.

Un sixième exemple est constitué par le *Groupe d'action financière* contre le blanchiment (*Financial Action Task Force on money laundering-Fatf/Gafi*). Au paragraphe 11 (intitulé « Le processus de révision ») du « Rapport annuel sur les Pays ou territoires non-coopératifs », du 20 juin 2003, on peut lire que :

« Les pays ou territoires concernés ont été avisés des travaux prévus par le GAFI. Les examens ont consisté notamment à réunir toutes les informations pertinentes, notamment sur les législations ou réglementations, ainsi que tout rapport d'évaluation mutuelle, rapport d'étape ou d'auto-évaluation, le cas échéant. Ces informations ont été ensuite analysées au regard des 25 critères, puis le projet de rapport a été rédigé et envoyé pour commentaire aux pays ou territoires concernés. Dans certains cas, les pays ou territoires ont été invités à répondre à des questions spécifiques, de manière à fournir des informations et précisions complémentaires. Chaque pays ou territoire examiné a envoyé ses commentaires sur le projet de rapport le concernant. Ces commentaires, ainsi que les projets de rapport eux-mêmes, ont été examinés par le GAFI avec les pays et territoires concernés au cours d'une série de rencontres. Ensuite, les projets de rapport ont été examinés et adoptés lors des réunions plénières du GAFI [...]. »³⁴*

Un septième exemple, déjà mentionné, est l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail* (ANACT). Les articles 23 à 27 de l'Accord prévoient que, dans le cas où

* Texte issu de la version officielle en français. NDT.

un différend entre gouvernements nationaux n'est pas résolu par des « consultations à caractère coopératif », il peut être institué un Comité d'évaluation composé d'experts (*Evaluations Committee of Experts* - CEE). Ce dernier « pourra demander aux Parties et au public de présenter des communications écrites»; en outre, «le CEE pourra prendre en compte, dans l'établissement de son rapport, toutes informations fournies par [...] le BAN [Bureau administratif national] de chacune des Parties, les organisations, institutions et personnes ayant les compétences pertinentes, et le public ». Enfin, « chacune des Parties se verra accorder une possibilité raisonnable d'examiner et de commenter les informations que le CEE reçoit et de présenter des communications écrites au CEE » (art. 24, par. 4-6).

Les exemples rapportés doivent être comparés avec les cas de participation précédemment évoqués, relatifs aux rapports entre les personnes privées et les autorités nationales.

Dans les cas que nous venons d'exposer, la partie intéressée n'est pas un particulier ou une entreprise, mais un État (bien que le Naalc prévoie aussi l'intervention de particuliers).

La participation est garantie dans les procédures destinées à l'adoption de traités ou à la régulation (comme dans le cas des modifications de l'*Annexe* à la *Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine*, ou des propositions de rectification ou de réduction de la production de substances appauvrissant la couche d'ozone), dans les procédures d'adoption de standards (exemple de la Commission du *Codex Alimentarius*), dans les procédures de *policy-making* (c'est le cas de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*) et d'*adjudication* (par exemple, les procédures d'inscription sur la liste des biens du patrimoine mondial, ou révision, gérées par le Groupe d'action financière contre le blanchiment - Gafi -) et dans les procédures de résolution des différends (c'est le cas des recours devant l'OIT).

Ces procédures présentent une structure encore plus souple que celles qui ont été analysées précédemment, peut-être du fait que les gouvernements nationaux font partie des institutions globales et peuvent en conséquence les influencer de l'intérieur.

Les procédures de participation des États au niveau global ont trois éléments communs avec les procédures de participation des particuliers dans un cadre national. La participation des gouvernements nationaux aux institutions globales est établie par des normes supranationales, imposées par le haut (bien que dans le cas du Gafi il n'existe pas de règles contraignantes, mais des pratiques de bonne conduite). L'obligation de notifier ou de communiquer est prévue. Les États ont la possibilité de présenter des observations ou des objections (dans le cas de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail* il existe même une *cross-examination*: les parties peuvent répliquer aux informations reçues du Comité). Mais les normes exigent que les objections et les observations soient prises en considération de manière adéquate dans le seul cas des standards alimentaires et des recours en matière de travail.

Certaines de ces procédures sont particulièrement complexes. La participation, dans certains cas, est séquentielle comme pour les objections aux amendements à la *Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine* et pour les procédures d'inscription sur la liste des biens du patrimoine mondial. Dans d'autres cas, la participation se divise en une procédure de consultation en deux étapes, comme pour l'adoption des standards de la *Codex Alimentarius Commission*.

La phase décisive relève de la compétence de l'organe exécutif de l'institution globale, mais elle peut aussi être confiée à un organe différent (par exemple, la Commission d'enquête doit adresser un rapport au Conseil d'administration de l'OIT concernant les réclamations présentées par les membres).

Les cas dans lesquels les normes globales établissent le droit de participation devant les

administrations nationales sont moins importants que ceux dans lesquels ces normes imposent la participation des gouvernements nationaux dans les processus décisionnels des institutions globales. Le premier type de participation est bien connu des ordres juridiques nationaux, tandis que le second a un précédent dans les États fédéraux et régionaux et dans les gouvernements supranationaux (comme l'Union Européenne), où des procédures spécifiques sont prévues pour impliquer les États dans les processus décisionnels fédéraux ou supranationaux.

Il convient enfin de se poser la même question qu'à la fin du paragraphe précédent : pour quelle raison les normes globales prévoient-elles la participation ?

Trois motifs expliquent ce second type de droits participatifs. La participation est exigée par le droit global car elle représente un aspect du processus de négociation qui caractérise l'arène internationale. Elle constitue un instrument supplémentaire pour assurer la coopération entre les États dans la création de normes ou la modification des traités : pensons à la réglementation de la chasse à la baleine et aux substances appauvrissant la couche d'ozone. L'intervention des États est assurée parce que ceux-ci sont les acteurs premiers de la scène internationale, ainsi que les signataires des traités qui seront ensuite appliqués par les organisations internationales. Ce type de participation n'entre pas – si l'on veut être exact – dans les cas que nous analysons, car il se résume au pouvoir de modifier les traités. Ce sont les États eux-mêmes qui établissent le droit de participation, de manière à s'assurer le pouvoir réciproque d'amender les accords. Ce modèle de participation ne diffère pas de celui qui implique les niveaux inférieurs de gouvernement (communaux et régionaux) dans les processus décisionnels des niveaux plus élevés (régionaux ou centraux, respectivement) au sein des ordres nationaux.

En second lieu, la participation des autorités nationales au niveau global est nécessaire pour intégrer les administrations domestiques dans les processus décisionnels globaux et pour favoriser leur coopération dans ces processus (comme dans la procédure relative à l'inscription sur la liste des biens du patrimoine culturel mondial). Il ne s'agit pas d'un niveau de gouvernement séparé, mais d'une composante globale et d'une composante multinationale (comme dans le cas de l'adoption de standards par la *Codex Alimentarius Commission*).

Enfin, la participation est prévue au niveau global afin d'assurer le droit d'être entendus aux gouvernements à l'encontre desquels est présentée une plainte par un autre gouvernement, pour non-respect d'une convention (comme dans le cas de l'OIT), ou dans le cas du "contrôle" par une organisation globale sur les gouvernements nationaux (comme dans le cas des Pays ou territoires non-coopératifs dans la lutte contre le blanchiment).

2.3. Le droit de participation des gouvernements nationaux (et des parties intéressées) vis-à-vis d'autres gouvernements

Dans l'ordre juridique global les droits de participation opèrent dans un sens non seulement vertical (les personnes privées sont entendues par les États ; les États sont entendus par les institutions globales), mais aussi horizontal (les gouvernements nationaux sont entendus par d'autres gouvernements ; les institutions globales participent aux processus décisionnels d'autres administrations internationales). Nous allons analyser le premier de ces deux derniers types de participation.

Le premier exemple est fourni par l'*Accord général sur le commerce des services - AGCS (General Agreement on Trade in Services-Gats)*. L'article VI.4 dispose que

« Afin de faire en sorte que les mesures en rapport avec les prescriptions et procédures en matière de qualifications, les normes techniques et les prescriptions en matière de licences ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce des services, le Conseil du

commerce des services élaborera, par l'intermédiaire des organismes appropriés qu'il pourra établir, toutes disciplines nécessaires. Ces disciplines viseront à faire en sorte que ces prescriptions, entre autres choses: a) soient fondées sur des critères objectifs et transparents, tels que la compétence et l'aptitude à fournir le service; b) ne soient pas plus rigoureuses qu'il n'est nécessaire pour assurer la qualité du service; c) dans le cas des procédures de licences, ne constituent pas en soi une restriction à la fourniture du service ».

Un exemple d'application de cette norme est fourni par les *Disciplines relatives à la réglementation intérieure dans le secteur des services comptables (Disciplines on Domestic Regulation for the Accountancy Sector)* de la WTO. Un chapitre en particulier* est consacré à la transparence et prévoit que :

« Les Membres rendront publics, y compris par l'intermédiaire des points d'information et de contact [...] les noms et adresses des autorités compétentes (c'est-à-dire des entités gouvernementales et non gouvernementales chargées de l'octroi des licences aux professionnels ou aux entreprises ou des réglementations sur les services comptables). Les Membres rendront publiques, ou feront en sorte que leurs autorités compétentes rendent publiques, y compris par l'intermédiaire des points d'information et des points de contact: a) le cas échéant, des informations décrivant les activités et les titres professionnels qui sont réglementés ou qui doivent être conformes à des normes techniques particulières; b) les prescriptions et procédures pour obtenir, faire renouveler ou conserver une licence ou des qualifications professionnelles, et les dispositions en matière de surveillance établies par les autorités compétentes pour les faire respecter; c) des informations sur les normes techniques; d) et sur demande, la confirmation qu'un professionnel ou une société donnés ont obtenu une licence pour exercer dans leur juridiction. Les Membres informeront un autre Membre, sur demande, de la raison d'être de leurs mesures réglementaires intérieures dans le secteur des services comptables, au regard des objectifs légitimes mentionnés au paragraphe 2. Lorsqu'ils adopteront des mesures qui affectent notablement le commerce des services comptables, les Membres s'efforceront de ménager une possibilité de formuler des observations, et de tenir compte de ces observations, avant l'adoption desdites mesures ».

Un second exemple nous est fourni par l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures-Sps)*. L'article 7, sur la transparence, établit que « Les Membres notifieront les modifications de leurs mesures sanitaires ou phytosanitaires et fourniront des renseignements sur ces mesures conformément aux dispositions de l'Annexe B ». L'Annexe B, consacrée à la « Transparence des réglementations sanitaires et phytosanitaires », régit les procédures de notification de la manière qui suit :

« Chaque fois qu'il n'existera pas de norme, directive ou recommandation internationale, ou que la teneur d'une réglementation sanitaire ou phytosanitaire projetée ne sera pas en substance la même que celle d'une norme, directive ou recommandation internationale, et si la réglementation peut avoir un effet notable sur le commerce d'autres Membres, les Membres: a) publieront un avis sans tarder de manière à permettre aux Membres intéressés de prendre connaissance du projet d'adoption d'une réglementation déterminée; b) notifieront aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seront visés par la réglementation, en indiquant brièvement l'objectif et la raison d'être de la réglementation projetée. Ces notifications seront faites sans tarder, lorsque des modifications pourront

* Paragraphe III, n° 3 s. NDT

encore être apportées et que les observations pourront encore être prises en compte; c) fourniront, sur demande, aux autres Membres le texte de la réglementation projetée et, chaque fois que cela sera possible, identifieront les éléments qui diffèrent en substance des normes, directives ou recommandations internationales; d) ménageront, sans discrimination, un délai raisonnable aux autres Membres pour leur permettre de présenter leurs observations par écrit, discuteront de ces observations si demande leur en est faite, et tiendront compte de ces observations et des résultats de ces discussions »³⁵.

Un troisième exemple est offert par l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (*Agreement on Technical Barriers to Trade-Tbt*). L'article 2.9 établit une réglementation similaire à celle de l'annexe B sur la Transparence des réglementations sanitaires et phytosanitaires³⁶.

Un quatrième exemple est celui de la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et leur élimination (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal)*, adoptée par la Conférence des plénipotentiaires le 22 mars 1989³⁷. L'article 6, sur les mouvements transfrontaliers entre les parties stipule :

« 1. L'Etat d'exportation informe par écrit, par l'intermédiaire de l'autorité compétente de l'Etat d'exportation, l'autorité compétente des Etats concernés de tout mouvement transfrontière de déchets dangereux ou d'autres déchets envisagé, ou exige du producteur ou de l'exportateur qu'il le fasse [...].2. L'Etat d'importation accuse par écrit réception de la notification à celui qui l'a donnée en consentant au mouvement avec ou sans réserve, ou en refusant l'autorisation de procéder au mouvement, ou en demandant un complément d'information. Une copie de la réponse définitive de l'Etat d'importation est envoyée aux autorités compétentes des Etats concernés qui sont Parties. 3. L'Etat d'exportation n'autorise pas le producteur ou l'exportateur à déclencher le mouvement transfrontière avant d'avoir reçu confirmation écrite que : a) L'auteur de la notification a reçu le consentement écrit de l'Etat d'importation; et que b) L'auteur de la notification a reçu de l'Etat d'importation confirmation de l'existence d'un contrat entre l'exportateur et l'éliminateur spécifiant une gestion écologiquement rationnelle des déchets considérés. 4. Chaque Etat de transit qui est Partie accuse sans délai réception de la notification à celui qui l'a donnée. Il peut ultérieurement prendre position par réponse écrite à l'auteur de la notification dans un délai de 60 jours en consentant au mouvement avec ou sans réserve, ou en refusant l'autorisation de procéder au mouvement, ou en demandant un complément d'information. [...] »³⁸.

Un cinquième exemple est apporté par les *Principes applicables à l'inspection et à la certification des importations et des exportations alimentaires* de la *Codex Alimentarius Commission*. Les articles 14, 15, 16 et 17 sur la transparence prévoient :

« 14. [...]les principes et modalités de fonctionnement des systèmes d'inspection et de certification des denrées alimentaires devraient être portés à la connaissance des consommateurs et des associations qui les représentent, ainsi que des autres parties intéressées. 15. Les pays importateurs devraient fournir des renseignements sur les dispositions en vigueur et tout changement proposé devrait être publié suffisamment à l'avance [...] pour permettre de formuler des observations. Les avis des pays exportateurs [...] devraient être pris en considération au moment de la décision finale. Il faudrait prévoir un

délai raisonnable avant l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions afin de permettre aux pays exportateurs [...] d'apporter les changements nécessaires à leurs méthodes de production et à leurs mesures de contrôle. 16. Les pays importateurs devraient communiquer en temps utile aux pays exportateurs, à leur demande, des précisions sur les raisons qui ont motivé leur décision concernant la conformité des aliments avec leurs exigences spécifiées correspondantes. 17. A la demande des autorités compétentes des pays importateurs, les pays exportateurs devraient donner accès à leurs systèmes d'inspection et de certification, afin qu'on puisse en examiner et en évaluer les modalités pratiques de fonctionnement ».

Un autre exemple est offert par le *Code de conduite pour une pêche responsable*. L'article 11.3.4 prévoit que :

«Lorsqu'un Etat apporte des modifications aux conditions requises établies par la loi et portant sur le commerce du poisson et des produits de la pêche avec d'autres Etats, des informations et un laps de temps suffisants devraient être donnés afin de permettre aux Etats et producteurs concernés d'introduire, s'il y a lieu, les modifications nécessaires dans leurs processus et procédures. A cet égard, il serait souhaitable que les Etats concernés soient consultés sur le calendrier de mise en application des modifications ainsi apportées. Les demandes de dérogation temporaire aux obligations en la matière, qui émanent de pays en développement, devraient être dûment prises en considération».

Un septième exemple est fourni par l' *Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'AGCS de 1994* *. L'article 5.5 prévoit que : *« après avoir été saisies d'une demande dûment documentée et avant de procéder à l'ouverture d'une enquête, les autorités aviseront le gouvernement du Membre exportateur concerné »*. L'article 6.1.3 précité établit que, suite à l'ouverture d'une enquête, les autorités doivent fournir le texte complet de la demande présentée par écrit aux exportateurs connus et aux autorités des États membres exportateurs et doivent le rendre disponible sur demande aux autres parties intéressées ³⁹.

Le huitième exemple est tiré de l'*Accord sur les mesures de sauvegarde* de la Wto. L'article 12.3 dispose :

« Un Membre qui projette d'appliquer ou de proroger une mesure de sauvegarde ménagera des possibilités adéquates de consultation préalable aux Membres ayant un intérêt substantiel en tant qu'exportateurs du produit considéré, afin, entre autres choses, d'examiner les renseignements communiqués au titre du paragraphe 2, d'échanger des vues au sujet de la mesure et d'arriver à un accord sur les moyens d'atteindre l'objectif énoncé au paragraphe 1 de l'article 8 ».

Le dernier exemple est encore fourni par l'accord AGCS de 1994 ⁴⁰. L'article XIX de cet accord régit les interventions d'urgence sur l'importation de produits particuliers. Le second paragraphe prévoit que :

« Avant qu'une partie contractante ne prenne des mesures en conformité des dispositions du paragraphe premier du présent article, elle en avisera les parties contractantes par écrit et le plus longtemps possible à l'avance. Elle fournira à celles-ci, ainsi qu'aux parties ayant un intérêt substantiel en tant qu'exportatrices du produit en question, l'occasion d'examiner avec

* Mesures antidumping. NDT

elle les mesures qu'elle se propose de prendre. [...] ».

Dans ce cas le Traité prévoit un accord. Si celui-ci est impossible, les parties prenantes peuvent suspendre des mesures à caractère équivalent («*equivalent concessions*»)⁴¹.

Les connexions horizontales entre les États, prévues par des règles globales, sont aussi intenses que les connexions verticales entre les États et les organisations internationales. La *global governance* n'est pas exclusivement formée d'institutions globales. Elle est également composée de procédures multinationales et transnationales. Ces dernières permettent aux gouvernements de communiquer entre eux et accroissent le dialogue entre les nations.

Les droits de participation garantis sur le plan horizontal ont en outre un effet vertical. Le respect des obligations de participation par les gouvernements nationaux est souvent soumis au contrôle d'autorités globales (comme le Conseil du commerce des services du Secrétariat de la *Wto*). Ainsi, la structure n'est pas exclusivement horizontale car elle comprend des éléments verticaux.

Ce type de participation est présent dans le cadre du *rulemaking* (comme dans les cas concernant GATT, SPS, TBT et pêche responsable), dans les procédures d'*adjudication* (comme pour le transport transfrontalier de déchets dangereux, l'inspection des produits alimentaires, les mesures de sauvegarde de la *Wto* et les actions d'urgence du *GATT*) et *quasi-judicial* (comme dans le cas régi par l'*Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'AGCS de 1994*).

Le devoir de garantir les droits de participation pèse sur les gouvernements nationaux et, parmi les parties l'on trouve les gouvernements eux-mêmes. Les personnes privées n'ont le droit de participer que dans certains cas, comme l'*Accord Tbt*, le *Système d'inspection et de certification* de la *Codex Alimentarius Commission* et l'*Accord sur la mise en oeuvre de l'article VI de l'AGCS de 1994*. Les droits de participation sont étendus aux entreprises de la même manière que dans le premier groupe de cas examiné, par l'obligation faite aux gouvernements nationaux par les normes globales d'écouter les parties privées. Dans ces cas, les gouvernements assurent un double rôle : ils sont participants et ils protègent en même temps les intérêts des sujets privés.

Les normes globales imposent aux gouvernements de fournir des informations, de publier des actes ou de les communiquer aux parties en prévoyant parfois des délais, comme l'obligation de fournir une information au cours de la phase initiale de la procédure ou de prévoir des délais suffisants ou adéquats (voir par exemple les accords *Sps* et *Tbt*, les inspections alimentaires et la discipline de la pêche).

Les informations sont nécessaires pour pouvoir recueillir les observations (et les accords *Sps* et *Tbt* nécessitent des observations écrites) de la part des États (ou d'autres parties intéressées).

Enfin, quatre régimes (*Gats*, *Sps*, *Tbt* et *Codex*) imposent aux gouvernements destinataires de tenir compte des observations reçues.

Lorsque la participation prévue par des normes globales est soumise au contrôle d'une institution globale, les relations qui s'instaurent ne sont pas exclusivement horizontales, mais triangulaires. Elles comprennent des relations aussi bien horizontales (entre gouvernements) que verticales (gouvernements-institutions globales).

Pour quelle raison le droit global impose-t-il aux gouvernements d'écouter d'autres gouvernements ? Avant tout afin d'assurer un échange d'informations et une adaptation

réciproques des règles et des conduites nationales, comme dans le cas du *Code de conduite pour une pêche responsable*.

Une deuxième raison est de permettre non seulement l'échange d'informations, mais aussi un processus d'auto-harmonisation entre les États, comme dans les cas du Gats, de l'*Accord Sps*, de l'*Accord Tbt* et du *Système d'inspection et de certification pour l'importation et l'exportation des aliments*.

Le troisième motif est la promotion de la coopération multinationale, comme dans le transport transfrontalier des déchets dangereux, les procédures antidumping et les mesures de sauvegarde.

2.4. *Le droit de participation des institutions globales à l'égard d'autres administrations internationales*

Une seconde catégorie de droits de participation horizontale est constituée par les droits accordés aux institutions globales à l'égard d'autres institutions globales.

Le premier exemple est le *Programme des Nations Unies pour l'environnement - PNUE (United Nations Environment Programme – Unep)*. L'article 10 du *Règlement intérieur du Conseil d'administration* * du PNUE régit l'établissement de l'agenda :

« Une fois que le Conseil d'administration a fixé l'ordre du jour de la prochaine session, l'ordre du jour, amendé par le Conseil d'administration, doit être communiqué par le Directeur exécutif à tous les États membres des Nations Unies ou membres des agences spécialisées et de l'Agence internationale de l'énergie atomique, au Président des organes subsidiaires compétents du Conseil d'administration, au Président de l'Assemblée générale lorsqu'elle est en session, au Président du Conseil économique et social, aux organismes compétents des Nations Unies, aux agences spécialisées, à l'Agence internationale de l'énergie atomique, aux organisations intergouvernementales visées à l'article 68 et aux organisations non gouvernementales visées à l'article 69 ».

Un second exemple est donné par la procédure de définition des standards de la *Codex Alimentarius Commission* déjà citée. La « *Procédure d'élaboration des normes Codex et textes apparentés* » prévoit que le projet de proposition de standard et la proposition sont envoyés non seulement aux membres de la Commission, mais aussi aux « organisations internationales intéressées ». Ces organisations peuvent formuler des observations sur tous les aspects et l'« organe subsidiaire » de la Commission (v. la disposition IX des *Règles de procédure* de la *Codex Alimentarius Commission*), généralement un Comité, « a le pouvoir de prendre en compte de telles observations ».

Dans les cas cités, la participation est accordée dans le cadre de procédures pour établir l'ordre du jour et formuler des standards. D'autres institutions globales intéressées sont légitimées à participer. La procédure, bien connue, de communication – commentaires – évaluation est alors appliquée.

Pourquoi les règles globales organisent-elles la participation dans ces cas ? Le droit global est formé de régimes sectoriels. Mais ces régimes sont interconnectés. Une institution globale peut être membre de l'organe de direction d'une autre administration internationale ou – comme on a pu le vérifier ici – elle peut exercer le droit de participer dans certains processus décisionnels d'un autre organisme global. Les règles globales, en assurant les droits de participation à une organisation globale par rapport à une autre, établissent une communication entre des régimes de régulation globaux.

Une telle fonction ne diffère pas de celle qu'assurent les procédures de consultation et de

* Le règlement intérieur n'est rédigé qu'en anglais.

participation entre administrations, qui se déroulent au sein des gouvernements nationaux. Elle crée des rapports entre diverses autorités et favorise la coopération.

2.5. Le droit de participation des personnes privées au sein des institutions globales

Il convient à présent de traiter de la question, la plus importante, des droits de participation que les personnes privées se voient reconnaître au sein des organisations globales.

La participation des personnes privées dans les procédures nationales est bien connue puisque de nombreux droits de ce type sont établis par la législation nationale. La participation des gouvernements au sein des institutions globales est une pratique répandue. Même la participation des gouvernements nationaux dans les processus décisionnels des gouvernements étrangers est commune, en application d'accords bilatéraux ou multilatéraux ouvrant les systèmes nationaux aux systèmes extérieurs. La particularité de la première forme de participation réside ici dans le fait qu'elle est sanctionnée par des règles globales. L'obligation d'entendre est imposée à l'État. La particularité du deuxième et du troisième type de participation tient au fait que la participation de l'État dans les organisations globales ou dans les procédures d'autres États n'intervient pas sur le plan «constitutionnel», mais dans la sphère «administrative». Il ne s'agit pas de participation au processus «législatif», mais de participation au processus «administratif».

La participation de la société civile nationale dans les processus décisionnels globaux est en revanche complètement nouvelle. Elle met en cause la conception traditionnelle qui voit dans les États les sujets uniques dans l'arène globale : la participation dans le *decision-making* global n'est plus la prérogative des seuls gouvernements nationaux.

L'implication de la société civile dans les administrations internationales est le résultat de l'accroissement de la régulation globale des activités privées: plus les organisations internationales établissent de standards globaux pour les sujets privés, plus ces derniers cherchent à participer aux procédures destinées à l'élaboration de ces standards⁴².

Le premier exemple est la consultation informelle avec les entreprises financières du Comité de Bâle pour le contrôle bancaire (*Basel Committee on Banking Supervision – Bcbs*), introduite par les gouverneurs des banques centrales du Groupe des dix nations (Belgique, Canada, France, Allemagne, Italie, Japon, Luxembourg, Pays-Bas, Espagne, Suède, Suisse, Grande Bretagne et États-Unis) à la fin 1974⁴³. Dans l'*Introduction* du document consacré à l'*Application de Bâle II aux activités de négociation et sur le Traitement des “effets du double défaut” (double default effects)*, de juillet 2005 on peut lire :

« *En publiant l'Encadrement révisé (Revised Framework) [...] the BCBS a réitéré son intention de maintenir un dialogue actif avec l'industrie afin d'assurer que le nouveau cadre soit en phase et puisse être appliqué à un secteur des services financiers en constante évolution.*

Considérant l'intérêt de banques et des sociétés de bourse dans la résolution éventuelle de ces problèmes spécifiques la BCBS a, conjointement avec l'Iosco [International Organization of Securities Commissions / Organisation internationale des commissions de valeurs - l'OICV] consulté les représentants de l'industrie et des autres organes de contrôle [...]. La Bcbs a publié une première version de cette proposition [...] aux fins de consultation. Trente sept observations sont parvenues, provenant de banques, de sociétés d'investissement, d'associations industrielles, d'autorités de contrôle et d'autres institutions intéressées [...] La Bcbs et l'Iosco ont opéré avec soin, en étroite coopération avec les représentants de l'industrie, afin que ces observations soient prises en considération de façon adéquate dans le présent document »⁴⁴.

Un deuxième exemple est celui des *Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales de l'OMC*, où il est établi que :

« 1. Aux termes de l'article V:2 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC, "le Conseil général pourra conclure des arrangements appropriés aux fins de consultation et de coopération avec les organisations non gouvernementales s'occupant de questions en rapport avec celles dont l'OMC traite". 2. En arrêtant ces lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales, les Membres reconnaissent le rôle que les ONG peuvent jouer pour mieux informer le public des activités de l'OMC et conviennent à cet égard d'améliorer la transparence et de développer la communication avec les ONG. 3. Pour contribuer à accroître la transparence, les Membres feront en sorte que l'information sur les activités de l'OMC s'amplifie, notamment en donnant accès à des documents [...] Afin de faciliter ce processus, le Secrétariat mettra à la disposition des intéressés, sur un réseau informatique à accès direct, la documentation accessible au public, y compris les documents mis en distribution générale. 4. Le Secrétariat devrait jouer un rôle plus actif dans ses contacts directs avec les ONG qui, parce qu'elles sont un élément de valeur, peuvent contribuer à rendre le débat public plus exact et plus riche. Cette interaction avec les ONG devrait être développée par différents moyens, entre autres l'organisation ponctuelle de symposiums sur des questions spécifiques en rapport avec l'OMC, des arrangements informels qui permettraient de recevoir les renseignements que les ONG souhaiteraient mettre à la disposition des délégations intéressées pour consultation et le maintien de la pratique antérieure consistant à répondre aux demandes de renseignements d'ordre général et de séances d'information sur l'OMC. [...] ».

Un troisième exemple est fourni par la *Commission de coopération environnementale - CCE (Commission for Environmental Cooperation – Cec)*, créée par l'Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement - *ANACE (North American Agreement on Environmental Cooperation - NAAEC)* de 1993. La Commission est composée d'un Conseil, d'un Secrétariat et d'un Comité consultatif public mixte - *Ccpm (Joint Public Advisory Committee – Jpac)* (article 8.2). Ce Comité a adopté des Lignes directrices relatives aux consultations publiques dans lesquelles on peut lire :

« le Conseil a confié au Comité consultatif public mixte la tâche de sensibiliser le public intéressé à (ou destinataire de) l'activité de la Commission ⁴⁵. Les invitations, adressées au public, à prendre part à une consultation ont un objectif déclaré, qui peut être celui de définir une politique ou une directive ; contribuer à la préparation du programme de la CCE ; obtenir des opinions dans le contexte d'un projet spécifique ; aborder une question ou une série de questions. L'information, la consultation et la participation sont les missions essentielles de la Ccmp. La majeure partie de son activité a pour objet la consultation ou le recueil d'informations. La consultation est la meilleure manière de contribuer au développement du processus décisionnel. En outre, le Ccmp peut, en tant que de besoin, consulter ou demander des informations ou la participation d'experts, de groupes particuliers ou de personnes sur une question ou un projet spécifique, et peut apporter son assistance au Secrétariat afin d'organiser l'intervention du public dans le cadre de diverses activités » ⁴⁶ *.

* Traduit à partir du texte italien. NDT.

Les principes pour la consultation contenus dans les *Lignes directrices* sont les suivants:

les réunions de consultation fourniront généralement aux participants les informations sur les objectifs de la réunion ; l'opportunité pour les participants d'exprimer leurs opinions personnelles sans interruption ou objections; l'opportunité de tenir compte des opinions exprimées et, si possible, de discuter et de parvenir à des conclusions, accords ou recommandations ; et l'opportunité pour les participants de se réunir en a parte (généralement à la fin de la réunion). Pour ce faire, le Comité doit s'inspirer des principes suivants: a) reconnaître les différences entre l'information, la participation et la consultation; b) définir clairement l'objectif et le résultat ; c) chaque événement constituant une consultation doit assurer - la possibilité pour chaque participant d'exprimer ses opinions d'une manière claire et synthétique, oralement ou par écrit, sur le thème examiné – des échanges entre les participants et le Comité et entre les participants eux-mêmes ; pour le Comité, de présenter ses propres observations à propos des informations reçues et sur les étapes suivantes de la procédure.

Les *Lignes directrices*, prévoient en outre que les rencontres pour la consultation sont structurées selon les principes suivants :

« la notification anticipée; l'introduction et l'information; la constitution précoce en groupes de travail et en tables rondes; au début de chaque réunion des groupes restreints, la possibilité pour chaque participant de faire une présentation ; une session plénière de clôture pour offrir un espace aux rapports des groupes de travail, aux recommandations et à un bref débat ouvert entre le participants et les membres de la Ccpm ».

Un quatrième exemple est, encore une fois, fourni par l' *Accord nord-américain de coopération dans le domaine de l'environnement*, qui stipule que: « Le Secrétariat pourra examiner toute communication présentée par une organisation non gouvernementale ou une personne et alléguant qu'une Partie omet d'assurer l'application efficace de sa législation de l'environnement [...]» (art. 14.1). La communication doit parvenir sous forme écrite, doit contenir des informations suffisantes et être destinée à promouvoir l'application de l'Accord. Le Secrétariat peut transmettre la communication aux autorités domestiques, décider que la communication serve à la constitution d'un dossier dans lequel sont exposés les faits et le soumettre au Conseil. Toutes les parties peuvent présenter des observations sur l'exactitude du dossier et le Conseil peut décider d'en rendre la version finale accessible (art. 14 et 15)⁴⁷.

Nous trouvons le cinquième exemple dans l' *Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail* déjà examiné, qui régit les informations publiques aux comités d'experts pour l'évaluation et attribue à ces comités le pouvoir d'évaluer ces informations (art. 24, § 4 et 5).

Un sixième exemple est fourni par le *Code de conduite pour une pêche responsable*. Comme nous l'avons vu ce code garantit la consultation et la participation effective des États. Mais il régit également la consultation et la participation au sein des institutions globales. L'article 1.2 établit que :

« Le Code a une portée mondiale et il s'adresse aux membres et non membres de la FAO, aux entités se livrant à la pêche, aux organisations sous-régionales, régionales et mondiales, gouvernementales et non gouvernementales, et à toutes les personnes concernées par la

conservation des ressources halieutiques et l'aménagement et le développement des pêches, comme les pêcheurs, et aux personnes impliquées dans la transformation et la commercialisation du poisson et des produits de la pêche, ainsi qu'aux autres usagers de l'environnement aquatique liés aux activités de pêche ».

Le septième exemple est celui de l'acte constitutif d'une organisation privée globale, l'*International Accounting Standards Committee Foundation* (Iascf). L'article 31 de cet acte établit que l'*International Accounting Standards Board* (Iasb), afin de préparer et publier les standards comptables, doit :

« *b) publier un Exposure Draft sur tous les projets et publier un document de discussion afin de permettre au public de présenter des observations sur les projets les plus importants; [...] d) i) établir des procédures d'examen des observations sur les documents de consultation publiés, qui doivent se dérouler durant une période suffisante ; [...] e) envisager la possibilité d'assurer des consultations publiques afin de discuter des standards proposés, même s'il n'existe aucune obligation d'assurer des consultations publiques pour chaque projet; [...] g) fournir des explications si aucune des procédures non obligatoires visées aux points b), d) ii), d) iv) et f) n'est suivie ».*

Sur la base de ces dispositions, les standards comptables sont élaborés selon un «*due process*» international, qui implique des analystes financiers, des bénéficiaires d'états financiers, la communauté des affaires, les autorités de régulation nationales et le monde académique⁴⁸.

Un huitième exemple est fourni par l'article 34 du *Traité de coopération en matière de brevets (Patent Cooperation Treaty - PCT)* de 1970. Le Traité encadre la procédure suivie devant l'autorité internationale chargée de l'examen préliminaire (*International Preliminary Examining Authority*):

« *2) a) Le déposant a le droit de communiquer, verbalement et par écrit, avec l'administration internationale chargée de l'examen préliminaire [...]; c) Le déposant reçoit de l'administration internationale chargée de l'examen préliminaire au moins un avis écrit [...]; d) Le déposant peut répondre à l'avis écrit ».*

L'article 34 précise ensuite les règles destinées à limiter les demandes.

Un huitième exemple se trouve dans la constitution de l'Organisation internationale du travail (Oit), à l'article 24. Cet article dispose que :

« *Toute réclamation adressée au Bureau international du Travail par une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs, et aux termes de laquelle l'un quelconque des Membres n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle ledit Membre a adhéré, pourra être transmise par le Conseil d'administration au gouvernement mis en cause et ce gouvernement pourra être invité à faire sur la matière telle déclaration qu'il jugera convenable ».*

L'article 25 établit que « Si aucune déclaration n'est reçue du gouvernement mis en cause dans un délai raisonnable, ou si la déclaration reçue ne paraît pas satisfaisante au Conseil d'administration, ce dernier aura le droit de rendre publique la réclamation reçue et, le cas échéant, la réponse faite ».

Un dixième exemple est donné par les statuts de l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers -Icann* (Société pour l'attribution des noms de domaine et des numéros sur Internet)⁴⁹. L'article III, section. 6 régit la procédure de *notice and comment* pour les *policy actions*. En référence aux *policies* qui intéressent les parties tierces, l'*Icann* doit « les rendre publiques » et garantir « une possibilité raisonnable pour les parties de faire des observations sur l'adoption des politiques proposées, de prendre connaissance des observations faites par d'autres parties et de répondre à ces observations ». Si les *policy actions* concernent des matières d'intérêt public, l'avis du Comité consultatif gouvernemental doit être demandé (*Governmental Advisory Committee – Gac*). Par la suite, l'*Icann* peut faire procéder à une « révision » de la décision adoptée par un Comité de révision, et à un « réexamen » par un Collège indépendant pour le réexamen.

Enfin, le *Code mondial antidopage* a prévu le droit d'être entendu, au cours d'une audition *ad hoc*, devant chacune des organisations antidopage. Par conséquent ce droit est garanti aux parties intéressées non seulement devant les organisations nationales antidopage, mais également devant le Comité international olympique, le Comité international paralympique et les fédérations internationales (v. l'introduction au Code et l'article 8).

Il est également important de rappeler que la participation des parties privées aux procédures de *decision-making* globales peut être le résultat de l'action d'un Etat. L'article 3.7 de la *Convention d'Aarhus* stipule que « *Chaque Partie œuvre en faveur de l'application des principes énoncés dans la présente Convention dans les processus décisionnels internationaux touchant l'environnement ainsi que dans le cadre des organisations internationales lorsqu'il y est question d'environnement* ».

Dans le *United States Code, title 19, chapter 22, subchapter I, part C, paragraph 3536* (sous le titre *Increased Transparency*), il est prévu que

« *L'Autorité pour le commerce doit promouvoir l'adoption, par la Conférence ministérielle et le Conseil général, de procédures assurant l'application la plus large du principe de transparence et de spécification des coûts et des bénéfices des interventions publiques dans le domaine commercial. Elle doit promouvoir le respect de procédures ouvertes s'inspirant du principe d'équité dans les questions commerciales par la Conférence ministérielle et le Conseil général, et par les panels de résolution des litiges et l'organe d'appel encadré par l'Entente sur la résolution des litiges* ».

L'analyse de ces cas montre que la participation des personnes privées à la *decision-making* globale intervient soit *de facto* (comme dans le cas du Comité de Bâle), soit *de iure* (dans les autres cas)⁵⁰.

La participation aux processus décisionnels globaux garantie par les normes ultraétatiques représente – comme nous l'avons noté – le pas le plus important vers l'introduction de liens directs entre la société civile et les institutions internationales. Ce qui explique peut-être que ce type de participation soit encadré de manière plutôt générale et ambiguë.

Cette forme de participation présente les particularités suivantes. Elle peut être exercée dans le cadre des procédures de *policy formulation* (comme dans le cas de la participation des ONG devant le *Wto*, l'*Icann* ou l'*ANACT*), dans les procédures de régulation (comme dans le cas du Comité de Bâle pour le contrôle bancaire ou de la régulation de la pêche), dans les procédures de formation des standards (cas des *accounting standards*), des procédures destinées à l'application des standards globaux dans les ordres domestiques (comme dans le contexte des standards environnementaux nord-américains), dans les procédures

d'*adjudication* (comme dans le cas des brevets, des standards en matière de travail et d'antidopage). Dans le cas de la Commission de coopération environnementale, la consultation est prévue sur la *policy formulation*, la préparation des programmes et aussi l'élaboration de projets spécifiques.

En outre, la participation est assurée devant des organismes publics et semi-publics (comme le Comité de Bâle, l'*Iascf* et l'*Icann*) ou devant des organismes *ad hoc*, comme le Comité consultatif public mixte (Ccpm) de la Commission de coopération environnementale; elle est ouverte aux parties privées (destinataires ou intéressées, secteurs industriels concernés, représentants des ONG), mais aussi aux institutions nationales (comme dans le cas du Comité de Bâle pour le contrôle bancaire auquel peuvent participer d'autres superviseurs) et aux gouvernements nationaux (comme dans le cas des «*representations*» de l'OIT, où les gouvernements nationaux jouent le rôle de contreponds).

Les normes globales assurent la consultation, la coopération, la communication et la participation et assurent également, pour les institutions internationales, des obligations accessoires, comme rendre accessibles des informations ou des documents (cas de la *Wto* et de la Commission de coopération environnementale).

Les participants peuvent répliquer ou formuler des observations (comme dans le cas du Comité de Bâle pour le contrôle bancaire, des *accounting standards*, de l'examen des brevets, des standards environnementaux et de l'*Accord nord-américain de coopération dans le domaine du travail*), examiner les observations des autres parties (ces de l'*Icann*), organiser des rencontres et des conférences (comme le fait le *Wto* avec les ONG et aussi dans le cas de la Commission de coopération environnementale) ou des audiences publiques (pour débattre, par exemple, des *accounting standards*).

Les gouvernements nationaux peuvent formuler des observations ou répliquer aux communications préparées par les autorités globales sur la base des observations des parties, comme dans le cas des standards environnementaux et de l'*Accord nord-américain dans le domaine du travail*. Dans les cas du Comité de Bâle pour le contrôle bancaire (Bcbs) et du Conseil international des normes comptables (Iasb), les gouvernements nationaux sont obligés de prendre en compte ou de réexaminer les observations reçues. Pour l'*Icann* l'avis du Comité consultatif gouvernemental est requis. Une relation triangulaire s'est donc mise en place entre la partie privée, l'institution globale et les gouvernements nationaux.

Ce n'est que dans le cas de l'Iasb qu'existe une obligation de motivation, tandis que dans le cas de l'*Icann* l'on retrouve l'obligation de répliquer aux observations des parties intéressées.

En définitive, la participation des personnes privées au niveau global poursuit deux objectifs.

Le premier est la promotion de la consultation. Comme nous l'avons montré, le Comité de Bâle entend les entreprises soumises à régulation afin d'« assurer que la nouvelle structure soit mise en place et suive les développements qui se succèdent dans le secteur des services financiers ». L'interaction du Secrétariat de la *Wto* et des ONG est prévue afin de « contribuer à la pertinence et à la richesse du débat public ». Le Comité consultatif public mixte (Ccpm) de la Commission de coopération environnementale fournit « des informations significatives à caractère technique, scientifique ou d'une autre nature » au Secrétariat de la Commission, et contribue au processus décisionnel par la consultation. Le même but est poursuivi à travers la consultation de la part des organisations globales dans le domaine de la pêche; de l'Iasb pour les *accounting standards* et des Commissions nord-américaines pour la coopération en matière environnementale et dans le domaine du travail.

Un second motif d'assurer la participation est de promouvoir le droit d'être entendu. Ce droit peut être exercé par ceux qui déposent un brevet dans le cadre de l'examen préliminaire

international, par un État accusé de ne pas avoir respecté une convention de l'OIT, par une tierce partie intéressée par les *policies* de l'Icann ou par une personne accusée d'avoir violé une disposition antidopage (ou par un agent de la *Wto*).

3. Une procédure globale équitable ?

« Plus grande est l'autonomie obtenue par les organisations souveraines dans les processus décisionnels, plus nombreuses sont les questions traitées, meilleures sont les structures de *governance* que ces organisations tendent à développer »⁵¹. Plus les institutions globales étendent leur rôle de régulateurs, plus le droit administratif global est mature.

Le développement d'un droit global est cependant encore contesté par ceux qui considèrent le droit supraétatique comme une « monde acéphale », le produit d'accords négociés. Ainsi certains soutiennent qu'« il faut être très prudent lorsque l'on dit que sont des ordres juridiques ceux qui sont essentiellement des ordres négociés au niveau régional ou global, car ils restent substantiellement différents des ordres juridiques nationaux »⁵². Mais ce point de vue associe exclusivement le droit et l'État (selon Roberts « certains de ces larges courants qui reconnaissent aujourd'hui un droit au-delà de l'État, même s'il n'a rien à voir avec la fonction de gouvernement, retiennent une acception limitée du droit »⁵³); et pourtant on a observé il y a déjà longtemps que là où il y a une société, il y a du droit.

Cette analyse⁵⁴ a montré que la participation, dans le droit global, est multiforme. Nous pouvons alors observer quels sont les sujets auxquels est garanti le droit de participation, quels niveaux de gouvernement doivent garantir la participation et dans quels processus décisionnels cette participation doit être assurée.

Les parties bénéficiant du droit de participer sont des personnes privées intervenant seules ou en groupe, des gouvernements nationaux et des organisations globales. La participation est assurée au niveau national aux organes de gouvernement aussi bien nationaux qu'étrangers, comme au niveau global. Les procédures au cours desquelles est assurée la participation sont des procédures de *law-making*, de régulation, d'*adjudication* et de résolution des différends.

Les normes globales obligent aussi bien les administrations nationales que les institutions internationales à respecter les principes du *due process of law*. Dans les deux cas les gouvernements et/ou les parties privées sont admis à participer : la distinction national – international est respectée dans le premier cas, elle est dépassée dans le second.

Les droits de participation assurés au niveau global sont en outre largement « imbriqués » par rapport aux droits de même nature dans les ordres nationaux. Dans le système OMC, par exemple, les normes globales qui obligent les États à entendre les parties privées sont renforcées par d'autres normes supranationales, qui imposent aux États d'entendre d'autres États. Dans de nombreux régimes de régulation il y a continuité entre la participation et la négociation, et la première peut jouer le rôle de la seconde.

Cela crée une certaine ambiguïté, de telle manière qu'il est difficile de distinguer les droits de participation garantis aux gouvernements nationaux comme sujets politiques dans les négociations internationales, des droits de participation exercée par les personnes privées auprès des autorités administratives de régulation.

En second lieu, les droits de participation ont un champ d'application plus étendu dans l'ordre juridique global que dans les ordres domestiques : les droits de participation sont aussi assurés par les régimes de *private governance*, qui reflètent les principes du droit administratif.

En troisième lieu, les droits de participation dans le système juridique global sont toujours multipolaires, tandis que dans le droit national ils tendent à présenter une structure

dyarchique. Dans l'arène globale on rencontre beaucoup plus d'intérêts divergents que dans le cadre domestique. Etant donné que la *rule of law* permet à ces intérêts de se manifester, les parties dans la procédure administrative globale sont nécessairement nombreuses. Elles ne représentent pas seulement des intérêts privés mais également des intérêts publics, nationaux ou supranationaux.

3.1. *La maturité du droit administratif global*

Quel est le degré de maturité du droit administratif global ? Les principes de la *rule of law* y sont-ils complètement développés ou sont-ils à un stade de développement encore primitif ? Le «procéduralisme» global est-il similaire au «procéduralisme» national ? Jusqu'à quel point les droits de participation dans le droit global diffèrent-ils de ce qu'ils sont dans les ordres nationaux ? Les droits de participation dans l'arène globale suivent-ils le même parcours que dans les ordres nationaux ? Ces procédures mettent-elles en œuvre des principes de droit administratif, au sens traditionnel du terme, ou de simples principes de *good governance* ?

La présente analyse a montré que la participation dans l'arène administrative globale n'est pas clairement définie, qu'elle est peu ordonnée et ne peut pas toujours être invoquée devant un juge.

Les droits de participation au niveau global présentent une structure primitive. Tandis que dans les systèmes juridiques domestiques aussi bien les procédures de *notice and comment* (participation dans les procédures de *rulemaking*) que les formes d'audition (participation dans les procédures d'*adjudication*) sont sujettes à des réglementations spécifiques très détaillées, elles sont organisées de manière très sommaire dans le système juridique global.

Dans cet ordre, les droits de participation sont plus ou moins structurés en fonction de l'aire et du secteur. Le régime est plus précis dans des domaines tels que la protection de l'environnement, le sport, le commerce et la *governance* d'Internet, en raison de la complexité particulière de la réglementation globale et de la nécessité d'aplanir le terrain de jeu.

Une autre raison pour laquelle les droits de participation sont moins rudimentaires dans certains domaines est la nécessité de garantir la participation des sujets étrangers dans les systèmes juridiques domestiques. L'ordre juridique global possède à la fois une dimension verticale (les institutions supranationales se superposent aux institutions nationales) et une dimension horizontale (les ordres juridiques domestiques sont forcés de s'ouvrir aux autres ordres). Dans sa dimension horizontale il est fondamental de donner la parole aux sujets étrangers devant les autorités nationales.

En outre si, dans l'ordre juridique national la participation est seulement un élément d'un complexe normatif qui assure déjà la transparence (afin de permettre aux participants de savoir comment les décisions administratives sont élaborées), la motivation (pour garantir aux participants de savoir si leur point de vue a été pris en compte) et le contrôle juridictionnel (afin de faire respecter à l'administration ses obligations procédurales), dans certains régimes de régulation du système juridique global les obligations de transparence, de motivation et de contrôle juridictionnel sont inconnues ou à un stade rudimentaire. L'on peut alors se demander si la seule participation, sans la transparence, l'obligation de motivation et le contrôle juridictionnel peut être comparée au principe de procédure nationale équitable.

Par ailleurs les frontières entre participation et consultation, participation et négociation, participation et coopération ne sont pas nettes. La participation est assurée afin d'établir un lien entre la société civile et les gouvernements nationaux, entre les gouvernements nationaux et les institutions globales, entre gouvernements nationaux, entre les institutions globales et les autres administrations internationales et entre la société civile et les institutions globales.

Mais ces liens sont habituellement établis sans l'introduction d'un équilibre précis des pouvoirs.

En outre, ni les droits des participants ni les obligations des autorités d'assurer la participation ne sont bien définis. Les droits et les obligations sont identifiés de manière approximative dans les procédures d'*adjudication*, tandis qu'ils sont mieux structurés dans les procédures de régulation, à cause du rôle central du *rulemaking* dans l'arène globale. Les droits et les obligations de participation sont plus détaillés lorsqu'ils sont destinés aux gouvernements nationaux et moins précis lorsqu'ils sont afférents à des sujets privés, en raison de la centralité persistante des États dans l'ordre juridique global.

Nous avons vu que les institutions supranationales ne sont pas toujours obligées de motiver leurs décisions: dans ces cas les destinataires des actes peuvent participer au processus de *decisionmaking*, mais ils ne sont pas autorisés à connaître les éléments sur lesquels la décision a été fondée.

Dans de rares cas, les droits de participation peuvent être protégés par un tribunal doté du pouvoir de contrôler les décisions administratives et d'annuler celles qui ont été adoptées sans consulter ou entendre les parties privées.

Le « procéduralisme » global en est, ainsi, à un stade primitif. Nous pouvons donc relever, pour conclure, que la *rule of law* n'est pas pleinement développée dans le système juridique ultraétatique.

Mais le revers de la médaille, c'est que les procédures globales doivent se fonder, plus souvent que dans le cadre domestique, sur des preuves scientifiques, sur des évaluations autonomes et sur la démocratie délibérative. Les procédures globales, en fait, peuvent être assujetties plus facilement à de telles règles parce qu'elles sont plus récentes et dans leur majorité étrangères à la politique des procédures nationales correspondantes. En outre l'interaction entre les normes globales et domestiques a au moins deux conséquences : en premier lieu, lorsque les normes globales s'ajoutent aux normes nationales, il se produit une interpénétration et un renforcement réciproques⁵⁵ ; en second lieu, plus les normes globales sur la participation sont imposées aux administrations nationales, plus les institutions globales elles-mêmes sont obligées de respecter les conditions de la procédure équitable.

En conclusion, les droits de participation dans l'arène globale ne sont pas comparables aux droits de participation dans les systèmes juridiques nationaux, mais ils ne resteront pas longtemps à un stade de développement primitif. L'on peut prévoir que ces droits progresseront grâce à l'application judiciaire au niveau global, lorsque les cours parviendront à assurer un triple rôle : appliquer les normes existantes ; les étendre dans de nouveaux domaines ; développer des principes plus généraux, qui ne seront plus limités à des régimes de régulation spécifiques.

3.2. À quel point le droit administratif global est-il « global » ?

L'ordre juridique global est plein de dispositions attribuant des droits de participation. Mais à quel point le *global due process* est-il global ? En dépit du grand nombre de dispositions sur la participation, celle-ci est loin de représenter un principe de portée générale car le droit global est formé de nombreux régimes distincts et autonomes : chaque régime contient son propre principe de *due process*, et tous n'assurent pas des droits de participation. Des principes de portée générale, applicables à tous les régimes de régulation, font encore défaut.

Le Tribunal de première instance de l'Union européenne a récemment affirmé que :

« aucune norme impérative relevant de l'ordre public international ne paraît exiger une audition préalable des intéressés dans des circonstances telles que celles de l'espèce, où le

*Conseil de sécurité, agissant au titre du chapitre VII de la charte des Nations unies, décide, par le biais de son comité des sanctions, que les fonds de certains individus ou entités soupçonnés de contribuer au financement du terrorisme international doivent être gelés*⁵⁶ ».

Par conséquent il n'est assuré aux parties intéressées aucun droit d'être entendues sur la base du fait que le droit global ne prévoit pas de « droit de la défense » de portée générale ni de droit spécifique d'être entendu lorsque le Comité des sanctions des Nations Unies décide de geler des fonds privés.

Il y a donc de fortes asymétries entre les différents droits de participation assurés au niveau global. Les nombreuses dispositions examinées ont donc un effet cumulatif, mais elles n'établissent pas un principe général dans l'ordre juridique international.

Toutefois, même si le système juridique global résulte de la somme des nombreux régimes de régulation autonomes et si les droits de participation ne sont pas garantis partout et en termes généraux, deux forces poussent à la généralisation des droits de participation.

En premier lieu, la tendance est de porter la participation dans l'arène internationale au rang d'un véritable « droit de l'homme »⁵⁷.

En second lieu, il existe un effet puissant de *spill over* d'un secteur à l'autre⁵⁸ : les principes énoncés par un régime de régulation passent à un autre régime, en partie en raison des connexions étroites entre ces régimes (par exemple les «trade ands»).

Mais en définitive, les droits de participation dans l'ordre juridique global manifestent une faiblesse fondamentale. Dans les différents régimes de régulation formant la *global governance*, le droit de participer aux processus décisionnels n'est assuré que lorsqu'il est prescrit par une norme spécifique.

Le droit d'être entendu et les procédures de *notice and comment* ne sont donc pas pleinement affirmés dans le système juridique global, comme dans les ordres nationaux. La raison d'une telle faiblesse est le développement insuffisant de la justice globale, car seuls les juges peuvent rendre générale l'application de ces principes.

3.3. Quel est l'objectif de la participation dans l'ordre juridique global ?

Les fonctions ou les justifications de la participation dans l'ordre juridique global ne sont pas simples à analyser. Les différents droits de participation étant peu définis et structurés de manière vague, il est difficile de classer leurs fonctions, qui sont très diverses. Ces fonctions diffèrent en fonction du contexte institutionnel et de la nature du droit en question. Enfin, les droits de participation poursuivent souvent plusieurs fins. Il n'est donc possible que d'en exposer les fonctions principales.

La participation assure avant tout une fonction de légitimation. Les autorités de régulation globales sont des organismes autonomes, séparés mais, au moyen de la participation, ils établissent un contact avec la société civile.

Les institutions globales, étant constituées de gouvernements nationaux ou d'autres organisations internationales, sont contraintes d'établir un lien avec la société civile, afin d'obtenir les informations, le soutien, le consensus et la coopération nécessaires à l'accomplissement de leurs missions.

Les gouvernements nationaux ont eux aussi besoin de droits de participation plus

importants. Ils délèguent des pouvoirs aux institutions globales, mais les mécanismes d'*accountability* verticale (par exemple, les contrôles financiers) sont inadéquats. Les gouvernements nationaux doivent en outre pouvoir intervenir dans les processus décisionnels. Par ailleurs, les contrôles des États « doivent être intégrés dans l'accroissement de l'*accountability* horizontale, c'est-à-dire dans le mouvement d'influence croissante des destinataires de la régulation globale. Cet objectif peut être poursuivi en accroissant la transparence des régulateurs et en les obligeant à justifier publiquement le choix des règles qu'ils édictent »⁵⁹.

Cette fonction de légitimation rend la participation souhaitable, pour les promoteurs de la démocratie cosmopolite : « nous aurions besoin de développer un concept de démocratie transnationale plus à même de prendre en compte l'héritage des vertus traditionnelles de la *rule of law* »⁶⁰.

La participation dans l'ordre juridique international a en outre une seconde fonction : assurer l'implication de l'État dans la *global governance*, renforcer le respect des décisions globales et favoriser le dialogue horizontal entre les États. La participation intègre les autorités domestiques dans le processus de *decision-making* global et fournit aux intérêts nationaux et infranationaux un forum, afin de leur garantir un certain degré de protection. Dans ce cas, la participation assure une fonction corporative car c'est un moyen d'échanger des informations et d'instituer des *networks*, comme dans l'« *interest representation model* »⁶¹.

La troisième fonction essentielle de la participation dans le système juridique global est familière aux systèmes juridiques nationaux : promouvoir les droits de la défense. Le droit d'être entendu avant l'adoption d'une décision fournit aux gouvernements nationaux ou aux sujets privés la possibilité d'exprimer leur position et de protéger leurs intérêts.

Enfin, la participation comme discussion et négociation organisée (une « marque de garantie » de l'ordre juridique international) se développe de manière progressive. Le droit global se base sur la réciprocité. Ainsi, aucun État ne peut éviter d'assurer une procédure équitable aux gouvernements et aux ressortissants étrangers, s'il veut bénéficier du même principe.

Il existe un lien entre la fonction et la structure. Si la participation vise à assurer la légitimité ou la représentation des intérêts, les parties impliquées dans la procédure doivent toutes être « des sujets intéressés » (comme dans le cas de la protection environnementale). Si elle vise à assurer la défense, les parties doivent être uniquement les destinataires (comme dans les procédures antidopage).

3.4. *La participation au niveau global et au niveau national*

Qu'arrive-t-il si la participation est principalement assurée au niveau national et non dans l'arène globale ? L'allocation des pouvoirs de régulation au niveau global limite les droits de participation des porteurs d'intérêts domestiques et pose potentiellement des problèmes de légitimité⁶². La croissance de la régulation globale peut « réduire les possibilités de participation publique »⁶³.

Pour résoudre ce problème, diverses stratégies peuvent être utilisées. La première est de développer les droits de participation au niveau global. La deuxième est de permettre aux parties intéressées de participer aux processus décisionnels des gouvernements nationaux nécessaires pour prendre part aux procédures de *decision-making* des institutions internationales. La troisième est la participation des organisations porteuses d'intérêts

collectifs dans les délégations officielles aux *meeting* globaux⁶⁴.

Dans le premier cas, des «organisations parapluie» sont instituées afin de porter les demandes des groupes nationaux à l'attention des régulateurs globaux⁶⁵. Un exemple du deuxième cas se trouve dans le droit des États-Unis, qui exige une participation publique dans la formulation des priorités des États-Unis dans les négociations multilatérales. Les coûts représentent en revanche la principale limite à la troisième stratégie.

En conclusion, la globalisation juridique ne peut être réduite à un processus à un processus d'«américanisation»⁶⁶. La globalisation du droit – ou au moins la participation globale – assure diverses fonctions : en imposant aux gouvernements nationaux réticents le respect du droit d'être entendu ; en donnant la parole aux gouvernements nationaux dans les institutions globales ; en ouvrant la communication entre États et institutions globales, les obligeant à écouter, sinon à coopérer et, seulement à la fin, en donnant droit de cité à la société civile au sein des organisations internationales. La participation de la société civile ou de groupes d'intérêts dans le processus de *decision-making* est une caractéristique dominante, mais non exclusive, de l'expérience américaine⁶⁷.

NOTES

¹ S. Cassese, *Relations between International Organizations and National Administrations*, in Institut international des sciences administratives, XIXème Congrès international des Sciences administratives, *Proceedings*, Deventer, Kluwer, 1985, p. 165; Union of International Associations, *Yearbook of International Organizations*, Munich, Saur, 2005.

² S. Cassese, *Relations between International Organizations*, cit., p. 165; les données relatives à 2006 sont une estimation de l'auteur.

³ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turin, Einaudi, 1952, (traduction italienne de *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934), chapitre IX, comme synthétisé par D. Dyzenhaus, *Emerging from Self-Incurred Immaturity*, communication présentée au *Globalization and Its Discontents Colloquium*, New York University Law School, printemps 2004 (<http://www.law.nyu.edu>).

[NDT : l'édition française publiée en 1953 n'est pas la traduction de la première édition allemande et ne correspond donc pas à l'édition italienne de 1952 utilisée par Sabino Cassese. Comme l'indique Kelsen dans sa préface à l'édition française de 1953, celle-ci n'est pas une simple traduction mais une version distincte de l'« original » de 1934.

Cependant, l'édition française de 1953 est dans les passages concernés très proche de l'édition allemande originale, et donc de sa traduction italienne. Pour les développements correspondants au chapitre IX de l'édition allemande de 1934 cités par Sabino Cassese, v. *Théorie pure du droit*, Éditions de La Baconnière, 1953, (traduction par Henri Thévenaz), chapitre XIII, « Le droit international ». La majeure partie de la présente traduction est empruntée à Henri Thévenaz, dont la traduction a plus d'autorité, puisqu'elle a été révisée par Hans Kelsen lui-même].

Kelsen écrivait : « Le droit international est encore un ordre juridique primitif. Il n'est qu'au début d'un processus de développement que les ordres juridiques des États ont déjà accompli. Si l'on considère plus spécialement le droit international général à savoir la communauté internationale dans son ensemble, une grande déconcentration est à l'œuvre. Il manque encore un organe de production et d'exécution des normes juridiques respectant la séparation des fonctions. Les normes générales sont créées par la voie de la coutume ou par celle du traité, donc pas les

membres eux-mêmes de la communauté internationale et non à travers un organe législatif spécial. Il en va de même pour l'application des normes générales aux cas concrets. Il appartient à l'État qui s'estime lésé dans ses intérêts de décider s'il est victime d'un acte illicite entraînant la responsabilité d'un autre État. Si ce dernier conteste avoir commis un tel acte, il n'y a pas d'autorité indépendante des parties pour résoudre le différend en suivant une procédure fixée par le droit. L'État lésé est autorisé à réagir contre l'État qu'il tient pour responsable en recourant aux représailles prévues par le droit international général, ou à la guerre. C'est la technique de l'autodéfense, qui a également été le point de départ du développement de l'ordre juridique des États. Ainsi domine le principe de la responsabilité collective et indirecte, et non celui de la responsabilité individuelle et directe. La sanction n'est pas dirigée contre la personne qui en sa qualité d'organe de l'État a commis l'acte illicite, intentionnellement ou par négligence, mais elle est dirigée contre d'autres individus qui n'ont en aucune manière participé à ce fait et qui n'étaient pas en mesure de s'y opposer. Les représailles et la guerre ne frappent pas les organes de l'État qui ont violé le droit international par leurs actions ou leurs omissions, mais la masse des hommes qui constituent le peuple ou un organe en particulier : l'armée, pour autant que la technique moderne permette encore de faire une distinction entre l'armée et le reste de la population » (Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 150-51 ; [Théorie pure du droit, précité, pp. 165-166. NDT]).

a. Voir aussi H. Kelsen, *The Essence of International Law*, in *The Relevance of International Law*, K. W. Deutsch et S. Hoffmann (dir.), Cambridge, Mass., Schenkman, 1968, p. 87 («International Law as a Primitive Legal Order»).

⁴ Dyzenhaus, *Emerging from Self-Incurred Immaturity*, cit., p. 2.

⁵ R.A. Gorman, *The Development of International Employment Law: My Experience on International Administrative Tribunals at the World Bank and the Asian Development Bank*, in «Comparative Labor Law and Policy Journal», 25, 2004, p. 633, 638.

⁶ Les citations sont extraites de deux articles de M. Shapiro, *The Globalization of Law*, in «Global Legal Studies Journal», I, 1993, p. 45-47, et *Administrative Law Unbounded*, in «Indiana Journal of Global Legal Studies», 8, 2001, p. 374-75. V. aussi D. Dyzenhaus, *The Rule of (Administrative) Law in International Law*, in «Law and Contemporary Problems», 68, été-automne 2005, 3-4, p. 127 s.

<http://www.law.duke.edu/journals/lcp/archive>

⁷ J.H.H. Weiler et I. Motoc, *Taking Democracy Seriously: The Normative Challenges to the International Legal System*, in *International Economic Governance and Non-Economic Concerns-New Challenges for the International Legal Order*, S. Griller (dir.), Vienne, Springer, 2003, p. 68-69.

⁸ V. E. Denninger, *Lo Stato di diritto o «rule of law»: che cosa è oggi ?*, in *In ricordo di Vittorio Frosini*, A. Jellamo et F. Riccobono (dir.), Milan, Giuffrè, 2004, p. 74. Dans cet article l'auteur se demande si le crépuscule de la souveraineté des États nations implique le déclin de la *rule of law*.

⁹ T.R. Tyler, *Social Justice: Outcome and Procedure*, in «International Journal of Psychology», 35, 2000, 2, p. 124. V. aussi N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Francfort, Suhrkamp, 1983², (trad. it., *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milan, Giuffrè, 1995): selon l'interprétation de Luhmann, la procédure est destinée à neutraliser la désillusion née des attentes. Pour une interprétation opposée L.H. Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, in «Yale Law Journal», 89, 1980, p. 1063: «la problématique constitutionnelle relative au perfectionnement des processus décisionnels gouvernementaux est radicalement indéterminée et fondamentalement

incomplète».

¹⁰ B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, IILJ Working Paper 2004/1 (Global Administrative Law Series), New York University Law School, disponible sur http://www.iilj.org/global_adlaw/documents/10120502_KingsburyKrischStewart.pdf, p. 24 (également in «Law and Contemporary Problems», 68, 2005, 3-4, p. 15 s.)

¹¹ G. Handl, *International «Lawmaking» by Conferences of the Parties and Other Politically Mandated Bodies*, in *Developments of International Law in Treaty Making*, R. Wolfrum et V. Röben (dir.), Berlin, Springer, 2005, p. 135 s.

¹² Le Code a été suivi de l'adoption du Plan d'action international visant à prévenir, à contrecarrer et à éliminer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée (*International Plan of Action to Prevent, Deter, and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing – Ipoa-Iuu*): il s'agit, dans ce cas aussi, d'un instrument consensuel. Le Plan prévoit que les États encouragent « la pleine participation des parties prenantes, qui incluent l'industrie, les communautés de pêcheurs et les organisations non gouvernementales, à la lutte contre la pêche illicite, non déclarée et non réglementée » (article 9.1; v. aussi les articles 25 et 83).

¹³ M. Böckenförde, *Grüne Gentechnik und Welthandel*, Berlin, Springer, 2004.

¹⁴ E. Benvenisti, *Public Choice and Global Administrative Law: Who's Afraid of Executive Discretion?*, version provisoire (11 février 2004) de la communication présentée au *Globalization and Its Discontents Colloquium*, disponible en version définitive sur <http://iilj.org/publications/documents/2004.3%20Benvenisti.pdf>

¹⁵ L'article continue en spécifiant que «A cette fin, les autorités ménageront, sur demande, à toutes les parties intéressées la possibilité de rencontrer les parties ayant des intérêts contraires, pour permettre la présentation des thèses opposées et des réfutations. [...] Les parties intéressées auront aussi le droit, sur justification, de présenter oralement d'autres renseignements ». L'article 6.3 dispose que « Les renseignements présentés oralement conformément au paragraphe 2 ne seront pris en considération par les autorités que dans la mesure où ils seront ultérieurement reproduits par écrit et mis à la disposition des autres parties intéressées, ainsi qu'il est prévu à l'alinéa 1.2. » et l'article 6.4 précise que « les autorités ménageront en temps utile à toutes les parties intéressées la possibilité de prendre connaissance de tous les renseignements pertinents pour la présentation de leurs dossiers ». Les dispositions suivantes règlent les modalités du contrôle de la pertinence des informations fournies par les parties intéressées, ainsi que les enquêtes diligentées pour leur contrôle et la recherche d'informations supplémentaires. Enfin, au sens de l'article 6.9 « Avant d'établir une détermination finale, les autorités informeront toutes les parties intéressées des faits essentiels examinés qui constitueront le fondement de la décision d'appliquer ou non des mesures définitives. Cette divulgation devrait avoir lieu suffisamment tôt pour que les parties puissent défendre leurs intérêts. ». L'article 6.11 de l'Accord établit que « Aux fins du présent accord, les "parties intéressées" seront: i) un exportateur ou producteur étranger ou l'importateur d'un produit faisant l'objet d'une enquête ou un groupement professionnel commercial ou industriel dont la majorité des membres produisent, exportent ou importent ce produit; ii) le gouvernement du Membre exportateur; et iii) un producteur du produit similaire dans le Membre importateur ou un groupement professionnel commercial ou industriel dont la

majorité des membres produisent le produit similaire sur le territoire du Membre importateur [...] ».

¹⁶ L'Accord a prévu « un processus par lequel les citoyens, les groupes d'intérêt ou les gouvernements peuvent soulever des questions relatives à l'application de la législation en matière de travail dans les trois États membres. La Commission, au moyen d'un réseau d'agents administratifs dans chaque Pays coordonne la procédure de présentation des demandes qui, dans certains cas, conduit directement à l'activation du mécanisme de résolution des litiges entre gouvernements » (U.S. General Accounting Office, *Nafta – U.S. Experience with Environment, Labor, and Investment Dispute Settlement Cases*, Gao-01-933, juillet 2001, p. 4).

¹⁷ Le jugement est disponible sur le site Internet officiel du Tribunal international pour le droit de la mer à l'adresse http://www.itlos.org/case_documents/2004/document_fr_249.pdf.
[Le texte de l'opinion du juge Treves, citée ensuite par l'auteur, se trouve à l'adresse http://www.itlos.org/case_documents/2004/document_fr_255.pdf. NDT].

¹⁸ Point 77 de la décision.

¹⁹ L'art. 3.5.1 poursuit ainsi : « Les parties invitées doivent être représentatives des divers domaines relatifs à la gestion durable des forêts et inclure, par exemple, les propriétaires forestiers, l'industrie forestière, les organisations non gouvernementales à but environnemental ou social, les syndicats, les vendeurs au détail et les autres organisations du secteur au niveau national et local. La participation au Forum doit être organisée selon les procédures de formation du consensus devant garantir une représentation équilibrée de toutes les catégories intéressées, les producteurs, les acheteurs, les consommateurs, etc La participation et les opinions des parties intéressées seront prises en considération de manière ouverte et transparente. L'approbation formelle des standards doit être obtenue par consensus, dont la preuve sera apportée. Le Forum doit établir ses propres procédures par écrit, en se basant sur le principe du consensus fondant l'élaboration des standards. Copies des procédures doivent être fournies aux parties intéressées sur demande. Ces procédures écrites doivent inclure un mécanisme d'appel qui garantisse le traitement impartial de toute réclamation concernant les aspects substantiels ou la procédure ».

²⁰ Une norme similaire est établie à l'article 4.3, concernant les standards pour la certification des chaînes de contrôle. V. E. Meidinger, *The Administrative Law of Private/Public Global Forestry Regulation*, communication présentée à la conférence sur *Global Administrative Law : National and International Accountability Mechanisms for Global Regulatory Governance*, New York University Law School, 22-23 avril 2005

(<http://www.iisj.es/modulos/usuariosFtp/conexion/archi128A.pdf>), à présent in «European Journal of International Law», 17, 2006, 1, p. 47 s. (spéc. p. 82-83).

²¹ D. Zaring, *Informal Procedure, Hard and Soft in International Administration*, IILJ Working Paper 2004/6 (Global Administrative Law Series), New York University Law School, disponible sur <http://www.iilj.org/papers/2004/2004.6%20Zaring.pdf>, p. 14 et 19-20.

²² Il convient de noter que dans ce cas les normes procédurales globales incluent également des organes internationaux.

²³ M.S. Straubel, *Doping Due Process: A Critique of the Doping Control Process in International Sport*, in «Dickinson Law Review», 2002, 106, p. 523-72, spéc. p. 544, concernant à la différence entre les notions de *due process* dans l'ordre juridique des Etats-Unis et dans les ordres de *civil law*, et p. 557-58, sur les normes procédurales ; A. Van Vaerenbergh, *Regulatory Features and Administrative Law Dimensions of the Olympic Movement's Anti-Doping Regime*, IILJ Working Paper 2005/11 (Global Administrative Law Series), New York University Law School, disponible su <http://www.iilj.org/papers/documents/2005.11Vaerenbergh.pdf>, spéc. p. 15, 30 et 38.

²⁴ Un autre modèle de participation est garanti aux sujets privés devant les autorités nationales qui opèrent dans l'arène globale. Ce modèle présente deux particularités : les droits de participation ne sont pas prévus par des normes globales, mais par le droit national ; les sujets privés participent à des procédures nationales qui sont conduites dans le cadre de procédures décisionnelles globales. V. par exemple le *U.S. Code, title 19, chapter 13, subchapter II, paragraph 2578*, sur la Communication de la participation des Etats-Unis aux activités internationales de standardisation qui prévoit que «(a) le Président désigne une administration responsable d'informer le public des activités d'élaboration des standards dans le secteur sanitaire et phytosanitaire au sein d'organisations internationales. (b) Au plus tard le 1^{er} juin de chaque année, l'administration désignée en application du paragraphe (a) de la présente section, devra publier une communication dans le Registre Fédéral contenant les informations prévues au paragraphe (c) de la présente section concernant chacune des organisations internationales concernées [...] (c) Les informations devant être fournies par la communication publiée en application du sous-paragraphe (b) de la présente section porteront sur (1) les standards sanitaires et phytosanitaires qui sont de la compétence de cette organisation ou qui doivent le devenir; (2) pour chaque standard sanitaire ou phytosanitaire prévu au paragraphe (1), une description du processus d'élaboration du standard; si les Etats-Unis participent ou ont l'intention de participer à l'élaboration du standard ; l'ordre du jour de la participation des États-Unis, s'il en existe un ; l'administration en charge de la représentation des Etats-Unis dans le processus d'élaboration des standards. (d) L'administration mentionnée au sous-paragraphe (c) (2) (d) de la présente section assure au public la possibilité de présenter des observations sur les standards dont elle est chargée. Cette administration devra tenir compte des observations recueillies au cours du processus d'élaboration des standards et dans l'établissement des questions que l'organisation devra aborder ». Le paragraphe 2578a établit ensuite que si le Commissaire propose d'adopter un acte reconnaissant l'équivalence d'une mesure sanitaire ou phytosanitaire d'un Pays étranger avec une mesure sanitaire de la *Food and Drug Administration*, cette mesure ne doit pas nécessairement être promulguée comme une norme au sens du *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* [21 U.S.C. 301 s] ou d'un autre statut adopté par la *Food and Drug Administration* ; le Commissaire doit publier une communication au Registre Fédéral dans laquelle sont identifiées les raisons pour lesquelles il peut être considéré que la mesure apporte au moins le même niveau de protection sanitaire ou phytosanitaire que la disposition fédérale équivalente. Le Commissaire garantit la possibilité pour toute personne intéressée de présenter des observations sur la communication. Le Commissaire ne pourra pas approuver un acte final concernant l'équivalence sans tenir compte des observations reçues ».

²⁵ Notons que, selon le document cité, la *Wto* est soit un traité établissant les droits et obligations des parties, soit un *forum* de négociation.

²⁶ Handl, *International «Lawmaking»*, cit., p. 133 s.

²⁷ L'article V.3 prévoit que «Chacun de ces amendements prendra effet à l'égard des Gouvernements contractants quatre-vingt-dix jours après sa notification par la Commission à chacun des Gouvernements contractants ; toutefois (a) si un Gouvernement présente à la Commission une objection à un amendement, avant l'expiration de ce délai de quatre-vingt-dix jours, l'amendement ne prendra effet à l'égard des Gouvernements contractants qu'à l'expiration d'un délai supplémentaire de quatre-vingt-dix jours ; (b) tout autre Gouvernement contractant pourra alors présenter une objection à l'amendement, à tout moment avant l'expiration du délai supplémentaire de quatre-vingt-dix jours ou, avant l'expiration d'un délai de trente jours à compter de la date de réception de la dernière objection reçue pendant le délai supplémentaire de quatre-vingt-dix jours, le choix portant sur la dernière de ces deux dates à échoir ; et (c) par la suite, l'amendement prendra effet à l'égard de tous les Gouvernements contractants qui n'ont présenté aucune objection ; mais il ne prendra effet à l'égard d'un Gouvernement ayant présenté une objection dans les conditions précitées qu'à la date du retrait de ladite objection. La Commission notifiera, dès réception, chaque objection et retrait à chacun des Gouvernements contractants, et chaque Gouvernement contractant accusera réception de toute notification d'amendement, d'objection et de retrait. ».

²⁸ G. Ulfstein, *Reweaving the Fabric of International Law? Patterns of Consent in Environmental Framework Agreements*, in Wolfrum, Röben (dir.), *Developments of International Law*, cit., p. 147 s.

²⁹ L'article se poursuit en indiquant que : « Les Parties mettent tout en oeuvre pour prendre des décisions par consensus. Si, malgré tous leurs efforts, elles ne peuvent parvenir à un consensus et à un accord, les Parties prennent en dernier recours leurs décisions à la majorité des deux tiers des Parties présentes et participant au vote représentant au moins 50% de la consommation totale par les Parties des substances réglementées ».

³⁰ S. Suppan, *Consumers International's Decision-Making in the Global Market*, Codex Briefing paper, Institute for Agriculture and Trade Policy, août 2004, disponible à l'adresse <http://www.tradeobservatory.org/library.cfm?refID=36988>, p. 11 s.; M. Savino, *The Role of Transnational Committees in the European and Global Order*, communication présentée au Global Administrative Law Seminar, Université de Viterbe, 10-11 juin 2005.

³¹ L. Boisson De Chazournes, *Treaty Law-Making and Non-Treaty Law-Making: the Evolving Structure of the International Legal Order*, in : Wolfrum, Röben (dir.), *Developments of International Law*, cit., p. 473 s.

³² L'article 26 prévoit encore que: «La même procédure pourra être engagée par le Conseil soit d'office, soit sur la plainte d'un délégué à la Conférence. 5. Lorsqu'une question soulevée par l'application des articles 25 ou 26 viendra devant le Conseil d'administration, le gouvernement mis en cause, s'il n'a pas déjà un représentant au sein du Conseil d'administration, aura le droit de désigner un délégué pour prendre part aux délibérations du Conseil relatives à cette affaire. La date à laquelle ces discussions doivent avoir lieu sera notifiée en temps utile au gouvernement mis en cause ».

³³ V. A.C.L. Davies, *Global Administrative Law at the International Labour Organisation: The Problem of Softer Standards*, communication présentée au *Colloquium on Global Administrative Law* précité, disponible à l'adresse <http://iilj.org/GAL/>, p. 3 s. Ce travail analyse également l'utilisation de la *soft law* pour nier les droits de participation.

³⁴ D'autres informations sur la procédure étaient contenues dans le précédent « Rapport

annuel sur les Pays ou territoires non-coopératifs », du 14 février 2000: « Le GAFI et ses membres peuvent mettre en oeuvre des efforts ciblés, pays par pays, pour convaincre les juridictions non coopératives d'améliorer la législation et les pratiques nationales et de participer activement à la coopération internationale.. Ces efforts pourraient revêtir la forme d'un dialogue, auquel participerait l'organisme régional de style GAFI compétent ou l'organisation/l'organe international approprié, avec les juridictions identifiées afin de vérifier que leur situation a été évaluée correctement et de déterminer si des améliorations sont déjà mises en oeuvre. Le dialogue pourrait être poursuivi au moyen d'une lettre envoyée par le Président du GAFI au gouvernement concerné expliquant les objectifs du travail du GAFI dans ce domaine, une fois que la liste consolidée des juridictions non coopératives a été établie. Ce dialogue pourrait amener les gouvernements concernés à modifier leurs lois et à changer leurs pratiques. Pour ce faire, ils pourraient être conseillés par le GAFI, ses membres, un organisme régional de style GAFI ou une organisation/un organe international compétent.. Des actions spécifiques pourraient aussi être entreprises par d'autres instances multilatérales (par exemple le G-7, l'OCDE, le Comité de Bâle, l'OICV et les institutions financières internationales) afin d'arriver à la publication de déclarations ou d'autres formes d'actions appropriées. ».

³⁵ L'annexe B établit en outre que: «9. Le Secrétariat communiquera dans les moindres délais le texte de la notification à tous les Membres et à toutes les organisations internationales intéressées, et il appellera l'attention des pays en développement Membres sur toute notification relative à des produits qui présentent pour eux un intérêt particulier. 10. Les Membres désigneront une seule autorité du gouvernement central qui sera responsable de la mise en oeuvre, à l'échelon national, des dispositions relatives aux procédures de notification, conformément aux paragraphes 5, 6, 7 et 8 de la présente annexe. ». En outre, le document de la *Wto* intitulé *Modalités d'application des dispositions sur la transparence de l'Accord Sps*, n° 72-74, précise que les observations des autres parties doivent être prises en compte : « L'objectif principal de la notification des réglementations est de permettre aux Pays qui peuvent être intéressés d'être consultés au cours de la procédure d'élaboration. Les autorités gouvernementales qui ont notifié les réglementations proposées peuvent recevoir des observations. Les observations devront être envoyées alternativement à l'autorité qui a effectué la notification ou à tout autre destinataire désigné dans la partie finale du modèle de notification [...]. L'autorité qui procède à la notification devra instaurer de bons rapports de travail avec les agences compétentes et devra élaborer des procédures administratives documentées pour en assurer la vérification. Lorsque des Pays font des observations sur des mesures sanitaires ou phytosanitaires notifiées, le Pays ayant procédé à la notification doit s'acquitter de certaines obligations. Le Pays qui reçoit des observations devra de son propre chef : (i) accuser réception des observations reçues ; (ii) fournir des explications en temps utile, et le plus tôt possible avant l'adoption de la mesure, à tout membre lui ayant adressé des observations, l'informer de la manière dont ses observations seront prises en compte et, lorsque c'est nécessaire, fournir des informations supplémentaires sur les réglementations sanitaires et phytosanitaires envisagées ; (iii) fournir à tous les membres dont il a reçu des observations une copie de la réglementation sanitaire et phytosanitaire adoptée en lien avec les observations reçues ou des informations concernant le fait que la réglementation en cause ne sera pas adoptée ; (iv) lorsque c'est possible, rendre disponible aux autres Pays les observations et demandes reçues ainsi que les réponses apportées, de préférence sur supports électroniques ».

³⁶ L'article 2.9 prévoit que « Chaque fois qu'il n'existera pas de normes internationales pertinentes, ou que la teneur technique d'un règlement technique projeté ne sera pas conforme à celle des normes internationales pertinentes, et si le règlement technique peut avoir un effet

notable sur le commerce d'autres Membres, les Membres: 2.9.1 feront paraître dans une publication, assez tôt pour permettre aux parties intéressées dans d'autres Membres d'en prendre connaissance, un avis selon lequel ils projettent d'adopter un règlement technique déterminé; 2.9.2 notifieront aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, les produits qui seront visés par le règlement technique projeté, en indiquant brièvement son objectif et sa raison d'être. Ces notifications seront faites assez tôt, lorsque des modifications pourront encore être apportées et que les observations pourront encore être prises en compte; 2.9.3 fourniront, sur demande, aux autres Membres des détails sur le règlement technique projeté ou le texte de ce projet et, chaque fois que cela sera possible, identifieront les éléments qui diffèrent en substance des normes internationales pertinentes; 2.9.4 ménageront, sans discrimination, un délai raisonnable aux autres Membres pour leur permettre de présenter leurs observations par écrit, discuteront de ces observations si demande leur en est faite, et tiendront compte de ces observations écrites et des résultats de ces discussions. ».

³⁷ Handl, *International «Lawmaking»*, cit., p. 131 s.

³⁸ L'article. 6 poursuit ainsi : « L'Etat d'exportation n'autorise pas le déclenchement du mouvement transfrontière avant d'avoir reçu le consentement écrit de l'Etat de transit. Cependant, si, à quelque moment que ce soit, une Partie décide de ne pas demander un accord préalable écrit, en général ou dans des conditions particulières, pour ce qui concerne des mouvements transfrontières de transit de déchets dangereux ou d'autres déchets, ou si elle modifie ses exigences à cet égard, elle informe immédiatement les autres Parties de sa décision conformément aux dispositions de l'article 13. Dans ce dernier cas, si l'Etat d'exportation ne reçoit aucune réponse dans un délai de 60 jours à compter de la réception de la notification donnée par l'Etat de transit, l'Etat d'exportation peut permettre que cette exportation se fasse à travers l'Etat de transit ».

³⁹ Sur ce point, cf. note 15.

⁴⁰ L'article X.3, lettre a), du Gats de 1994 prévoit que: « Chaque partie contractante appliquera de manière uniforme, impartiale et équitable toutes les lois, règlements et décisions judiciaires ou administratives » et exige que les membres maintiennent ou instituent des tribunaux et des procédures judiciaires, arbitrales ou administratives pour assurer un réexamen adéquat et la correction éventuelle de l'action administrative.

⁴¹ Sur la base de cette disposition, l'*Appellate Body* de la *Wto* a établi que les certifications prévues par la Section 609 de la *United States Public Law 101162* « consistent principalement en une enquête ou un contrôle administratif *ex parte* conduit par le personnel du Bureau pour la sauvegarde du patrimoine marin du Département d'État conjointement avec le personnel du Service national de la pêche marine des États-Unis. Dans les deux cas de certification, , avant que ne soit adoptée toute décision d'acceptation ou de rejet, l'État requérant n'a aucune possibilité formelle d'être entendu durant la procédure de certification ou de répondre aux arguments qui lui sont opposés. En outre, dans aucune des deux procédures de certification il n'existe de décision formelle, écrite, motivée, soit d'acceptation soit de rejet, sur les demandes présentées conformément à l'article 609 (b) (2) [...]. Les procédures de certification suivies par les États-Unis semblent être d'un caractère particulièrement informel et occasionnel, et être conduites de manière à nier les droits des États membres. Ceux-ci ne peuvent en aucune manière avoir la certitude que les dispositions de l'article 609, et en particulier les Directives de 1996, sont appliquées avec impartialité et sens de l'équité de la part des agences gouvernementales compétentes des États-Unis. Il semble que les États exportateurs qui réclament une certification et dont la demande est rejetée ne se voient pas

garantir de manière efficace le respect du principe élémentaire d'équité, ni le droit à un *due process* et que ces États font l'objet de discrimination par rapport à ceux qui obtiennent une certification. Les dispositions de l'article X.3 du Gatt de 1994 concernent précisément ce point. À notre avis, l'article 609 fait partie de ces « lois, règlements, décisions judiciaires et administratives de portée générale » visées par l'article X.1. Étant donné qu'il existe des prescriptions garantissant d'une manière générale le respect du principe de *due process* dans l'application des mesures adoptées en conformité avec les obligations découlant de l'appartenance à la *Wto*, il est raisonnable d'exiger le respect rigoureux, par un État membre, des prescriptions fondamentales du *due process* lors de l'application d'une mesure envisagée comme une exception aux obligations découlant du traité et qui détermine la suspension *pro hac vice* des droits découlant du traité à l'égard des autres États membres. Il semble clair que l'article X.3 du Gatt de 1994 impose certains standards procéduraux minimaux de transparence et d'équité dans l'administration des réglementations commerciales ; ces standards, à notre avis, ne sont pas satisfaits au cas présent. La nature non transparente et *ex parte* des procédures internes appliquées par les fonctionnaires compétents de l'Agence pour la sauvegarde du patrimoine marin, du Département d'État et du Service national de la pêche marine des États-Unis dans le cadre de la certification prévue par l'article 609, tout comme le fait que les Pays dont les requêtes sont rejetées n'en reçoivent pas l'avis formel, ni des motifs de ce rejet, ainsi que le fait qu'il n'existe pas de procédure formelle de révision des décisions de rejet, ni d'appel contre la décision, sont contraires à l'esprit, sinon à la lettre de l'article X.3 du Gatt 1994», *Wto Appellate Body, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (AB-1998-4) (WT/DS58/AB/R) 12/10/1998*, n° 180-183. V. aussi *Wto Appellate Body, United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear (AB-1996-3) (WT/DS24/AB/R) 10/2/1997*, par. IV; *Wto Appellate Body, Thaïlande – Anti-Dumping Duties on Angles, Shapes and Sections of Iron or Non-Alloy Steel and H-Beams from Poland (AB-2000-12) (WT/DS122/AB/R) 12/3/2001*, par. 98-112; *Wto Appellate Body, European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India Recourse to Article 21.5 of the Dsu by India (AB-2003-1) (WT/DS141/AB/RW) 8/4/2003*, par. 101-146. Sur cette question, v. G. della Cananea, *Beyond the State: The Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in «European Public Law», 9, 2003, 4, p. 574.

⁴² Cf. S. Cassese, *Crevettes, tortues et procédures. Standards globaux pour les droits administratifs nationaux*, dans le présent ouvrage.

⁴³ Zaring, *Informal Procedure, Hard and Soft in International Administration*, cit., p. 7-8.

⁴⁴ V. M.S. Barr, G.P. Miller, *Global Administrative Law: the View from Basel*, in «European Journal of International Law» 17, 2006, 1, p. 17, 24 s., 45.

⁴⁵ Les *Lignes directrices* établissent également que : «1. Les consultations publiques ont pour objet de se conformer aux dispositions de l'ANACDE qui prescrivent que le CCPM «[...] pourra fournir des avis au Conseil sur toute question relevant du présent accord, y compris sur tous documents qui lui auront été soumis en vertu du paragraphe 6, ainsi que sur la mise en oeuvre et le développement du présent accord ». De plus, le CCPM « pourra fournir au Secrétariat toutes informations pertinentes, techniques, scientifiques ou autres »».

⁴⁶ Les objectifs sont définis par les *Lignes directrices* de la manière suivante : « Les consultations devraient viser à fournir à la Commission : une notion des préoccupations, des

priorités et des aspirations des participants; l'information nécessaire en vue de donner forme aux politiques et aux programmes de la CCE; des recommandations et des propositions précises, dans la mesure du possible. Les consultations devraient aussi fournir aux participants : une tribune leur permettant d'interagir d'une manière constructive et de progresser en vue de trouver des solutions et des mesures d'exécution; une idée des résultats de la consultation et de la manière dont on a tenu compte des suggestions.».

⁴⁷ « L'accord assure aux citoyens et aux organisations non gouvernementales la possibilité de soulever des questions et de faire la lumière sur l'application effective des lois en matière environnementale de la part du gouvernement de l'État membre à l'Accord au moyen de la procédure de demande». U.S. General Accounting Office, *U.S. Experience*, cit., p. 9.

⁴⁸ V. Iascf, *Review of the Constitution – Proposals for Change*, novembre 2004, p. 34, n° 107 sur l'« importance d'un *due process* approprié et des accords de consultation » et p. 35, n° 112 sur la « nécessité de se conformer ou de motiver ». L'annexe à l'appendice C, p. 72, n° 7, clarifie les phases du *due process*. V. W. Mattli, T. Bueth, *Global Private Governance : Lessons from a National Model of Setting Standards in Accounting*, in «Law and Contemporary Problems», 68, 2005, été-automne, 3-4, p. 242 (http://www.iilj.org/global_adlaw/documents/10120508_MattliButhe.pdf).

⁴⁹ Dans sa version modifiée au 28 février 2006. La version actuelle des statuts (*ByLaws*) est disponible à l'adresse <http://www.icann.org/>.

⁵⁰ Un ensemble de cas concerne la participation des employés des organisations globales au *decision-making* global (v. principalement sur le sujet C. de Cooker, *Accountability, Investigation and Due Process in International Organizations*, C. de Cooker (dir.), Leiden, Martinus Nijhoff, 2005). Dans ces hypothèses, on peut rencontrer des cas dans lesquels des parties privées ne représentent pas la société civile. C'est par exemple le cas des contrats de service applicables au personnel du secrétariat de la *Wto* (décision adoptée par le Conseil général le 16 octobre 1998). Le règlement prévoit en son article 12.2 que : « Dans les litiges relatifs à leurs conditions de service, les membres du personnel ont droit à un *due process*, comme prévu par le statut du personnel ». L'article 105.2 du Règlement applicable au personnel prévoit que les membres du personnel et l'inspecteur doivent effectuer un examen annuel des *performances* et de la manière de servir des membres du personnel, qui « peuvent présenter des observations écrites sur leur évaluation ». L'article 113.2, sur la procédure disciplinaire, prévoit que le Directeur général doit notifier par écrit au membre du personnel et à un « comité consultatif paritaire », une proposition motivée d'application d'une mesure disciplinaire. « Le membre du personnel peut présenter des observations à l'organe sur la proposition [...]; l'organe doit entendre le membre du personnel [...] il devra appeler les témoins qu'il juge nécessaire d'entendre ou qui lui sont désignés par le membre du personnel et rendre compte au directeur général par un rapport écrit [...]. La décision du directeur général sur la mesure disciplinaire proposée devra être notifiée au membre du personnel ». Qu'arrive-t-il lorsque les normes globales ne garantissent pas le droit d'être entendu ? L'hypothèse a été traitée dans le cas « Skandera », décision du Tribunal administratif de la *World Bank* du 5 juin 1981 (n° 2). Le Tribunal administratif de la *World Bank* a considéré (par. 28 eT 29) que « L'avis de licenciement doit faire connaître au membre du personnel intéressé les véritables raisons de la décision de la banque. Il est de l'intérêt de la banque qu'il ne soit pas mis fin au rapport de travail d'employés qualifiés sur la base de circonstances de fait inadéquates ou de justifications privées de fondement. Un moyen d'assurer le caractère objectif du licenciement est de fournir au membre du personnel, au moment du licenciement, une évaluation précise et sincère qui fournira à l'intéressé la possibilité de contester la décision de la banque et de demander sa réformation. La communication immédiate des motifs du licenciement facilitera la préparation et la présentation des recours ouverts par la

procédure de résolution des litiges de la banque. En n'informant pas correctement [...] Monsieur Skandera des raisons de son licenciement, la banque porte préjudice à sa capacité à protéger ses propres intérêts. La communication complète et immédiate des motifs n'aurait peut-être pas influencé la décision du tribunal sur la légitimité du licenciement, mais Monsieur Skandera a attendu quatre mois avant d'être informé des raisons qui sont à l'origine de l'action de la banque » (sur cette affaire v. Gorman, *The Development of International Employment Law*, cit., p. 439-40, qui a observé qu' « il n'a jamais existé par la suite de désaccord sur les obligations plus précises du *due process* dans les affaires disciplinaires – obligations telles que la notification au membre du personnel des documents le mettant en cause, la possibilité de répondre, l'examen impartial de l'affaire, les mesures de confrontation avec les enquêteurs, la consignation de toute mesure d'enquête et ainsi de suite. Les dispositions publiées par la Banque contiennent de nombreuses obligations liées au *due process*, mais le Tribunal n'a pas hésité à les compléter par bon nombre d'autres principes non écrits. Il existe donc une réponse commune à la question de savoir ce qu'est un traitement impartial, qui transcende les différences culturelles »).

⁵¹ D.C. Esty, *Toward Good Global Governance: The Role of Administrative Law*, communication présentée à la New York University Law School Global Administrative Law Conference (2005) précitée.

⁵² S. Roberts, *After Government? On representing Law Without the State*, in «Modern Law Review», 68, 2005, 1, p. 23.

⁵³ Ibid, p. 3

⁵⁴ Pour d'autres cas de participation régulés par les normes globales v. Conseil économique et social de l'ONU (ECOSOC), Commission économique pour l'Europe, *Survey of selected access to information, public participation, and access to justice rules and practices in international forums* [non disponible en français ; NDT], MP.PP/2002/18/Add.1 CEP/2002/13/Add. 1 12 septembre 2002 et B. Morgan, *Turning Off the Tap: Urban Water Service Delivery and the Social Construction of Global Administrative Law*, in «European Journal of International Law», 17, 2006, 1, p. 226-28. V. aussi C. Harlow, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, in «European Journal of International Law», 17, 2006, 1, p. 207: «a universal set of administrative law principles, difficult in any event to identify, is neither welcome nor particularly desirable: diversity and pluralism are greatly to be preferred» (« un ensemble universel de principes de droit administratif, dans tous les cas difficiles à identifier, n'est ni bienvenu ni particulièrement désirable : la diversité et le pluralisme sont largement préférables »).

⁵⁵ Barr, Miller, *Global Administrative Law*, cit., p. 46.

⁵⁶ TPICE, 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. T-306/01, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001A0306:FR:HTML>, point 307.

⁵⁷ B.S. Chimni, *Global Administrative Law: Winners and Losers*, communication présentée au Colloque de la New York University Law School sur la Global Administrative Law (avril 2005), précitée, disponible sur <http://www.iilj.org>. V. aussi R.P. Peerenboom, *Human Rights and Rule of Law: What's the Relationship*, UCLA School of Law, UCLA Public Law Series,

2005, Paper n° 5-21 (<http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=uclalaw>). Un bon exemple est fourni par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet article prévoit un droit à la défense dans les procédures judiciaires. La Cour de Strasbourg accroit la portée de la disposition par l'extension de l'obligation de participation à certaines procédures administratives. V. N. Mole, C. Harby, *The Right to a Fair Trial. A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2001, p. 10 ; P. Craig, *The Human Rights Act, Article 6 and Procedural Rights*, in «Public Law», 2003, p. 753, et C. Ovey, R. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 139 s.

⁵⁸ G. Silverstein, *Globalization and the Rule of Law: «A Machine that Runs of Itself?»*, in «International Journal of Constitutional Law», 1, 2003, 3, p. 428.

⁵⁹ D. Kerwer, *Rules that Many Use: Standards and Global Regulation*, in «Governance», 18, 2005, 4, p. 621-22.

⁶⁰ W.E. Scheuerman, *Cosmopolitan Democracy and the Rule of Law*, in «Ratio Juris», 15, 2002, 4, p. 454. V. aussi D. Archibugi, *Democrazia cosmopolitica: una prospettiva partecipante*, in «Rivista italiana di scienza politica», 2005, 2, p. 261-88, en particulier p. 279. Sur les relations entre démocratie et *rule of law*, en général, J. Habermas, *Il nesso interno tra Stato di diritto e democrazia*, in Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milan, Feltrinelli, 1988, p. 249-59, et *Democracy and the Rule of Law*, J.M. Maravall, A. Przeworski (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

⁶¹ R.B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, in «Harvard Law Review», 88, 1975, 8, p. 1667 s., et *U. S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?*, in «Law and Contemporary Problems», 68, 2005, 3, p. 55 s.

⁶² D. Livshiz, *Updating American Administrative Law: Wto, International Standards, Domestic Implementation, and Public Participation*, in «Wisconsin International Law Journal» 2006, p. 7, considère que la participation doit être utilisable sur le plan interne, aussi bien qu'international. V. aussi S.A. Shapiro, *International Trade Agreements, Regulatory Protection, and Public Accountability*, in «Administrative Law Review», 54, 2002, 1, p. 435, spécialement p. 449, sur l'entrave à la participation effective du citoyen en raison de la globalisation.

⁶³ Livshiz, *Updating American Administrative Law*, cit., p. 31.

⁶⁴ Ivi, p. 33-34.

⁶⁵ Par exemple, le *Trans Atlantic Consumer Dialogue (Tacd)* et le *Trans Atlantic Business Dialogue (Tabd)*: v. Livshiz, *Updating American Administrative Law*, cit., p. 45 s.

⁶⁶ Selon Shapiro, *The Globalization of Law*, cit., p. 48, « L'américanisation et la globalisation se superposent en partie », parce que l'expérience constitutionnelle américaine sert de modèle mondial. Selon D. Keleman et E.C. Sibbitt, *The Globalization of American Law*, in «International Organization», 58, 2004, 1, p. 103-36, les facteurs qui déterminent l'expansion du droit américain sont la libéralisation économique, la fragmentation politique, la *judicialization* et l'influence des *law firms* américaines. V. aussi M.C. Ponthoreau, *Trois interprétations de la globalisation juridique*, in «Actualité juridique - Droit administratif», 2006, 1, p. 20-25.

⁶⁷ Selon Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, cit. V. le symposium sur l'article de Stewart dans *Issues in Legal Scholarship*, in *The Berkeley Electronic Press*, 2005, sur <http://www.bepress.com/ils/>.