



HAL
open science

Les acteurs privés dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)

Jamal Barafi

► **To cite this version:**

Jamal Barafi. Les acteurs privés dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Droit. Université de Strasbourg, 2013. Français. NNT : 2013STRAA008 . tel-00996104

HAL Id: tel-00996104

<https://theses.hal.science/tel-00996104v1>

Submitted on 26 May 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE Droit, Science politique et Histoire
[ED 101]

THÈSE présentée par : **Jamal Barafi**

Soutenue le : **28/09/2013**

Pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : **Droit international public**

**Les acteurs privés dans le système de règlement
des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.)**

THÈSE dirigée par :

Monsieur ECKLY Pierre, Maître de Conférences, Habilité à Diriger des Recherches, à l'Université de STRASBOURG

RAPPORTEURS :

Monsieur Philippe WECKEL, Professeur à l'Université NICE - SOPHIA ANTIPOLIS
Monsieur Mohamed HELALI, Maître de Conférences à l'Université de LORRAINE,
Docteur d'État

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Madame Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, Directrice de Recherches CNRS-
Université de STRASBOURG

Les acteurs privés dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.)

Comme le soutient Anne-Marie Slaughter¹, « les individus peuvent être vus comme les promoteurs de la conformité des actions des gouvernements avec les règles négociées. Cette promotion peut s'effectuer tant par le biais des processus législatifs nationaux que par des processus internationaux. Les individus deviennent ainsi les "muscles" du droit international qui soutiennent le développement et le renforcement du système ».

¹ SLAUGHTER (A. M.), « A New World Order », *Ethics & International Affairs*, vol. 20, n° 4, pp. 529-530.

Remerciements

Je tiens à remercier tous ceux qui ont activement collaboré à ce travail. Tout d'abord M. Eckly Pierre qui m'a dirigé tout au long de ces cinq ans de thèse et qui m'a fait bénéficier de son expérience professionnelle ce qui a été d'une grande utilité afin de parachever ce travail. Il a toujours été disponible, à l'écoute de mes nombreuses questions, et s'est toujours intéressé à l'avancée de mes travaux. Les nombreuses discussions que nous avons eues ainsi que ses conseils sont pour beaucoup dans le résultat final de ce travail. Son soutien et son enthousiasme m'ont montré que le monde de la recherche pouvait être un univers passionnant. Ses nombreuses relectures et corrections ont été très appréciables. Cette thèse lui doit beaucoup.

Je remercie également tous les membres du jury d'avoir accepté d'assister à la présentation de ce travail et de se déplacer le jour de soutenance.

Je tiens à remercier tout particulièrement Berthon Nicole et Boubaker Mohamed pour leurs nombreuses relectures et corrections de mon travail. Ils ont toujours répondu présent, même dans les cas les plus découragés.

Une pensée particulière va à mes chers parents, qui malgré la distance m'ont toujours soutenu et encouragé et m'ont donné l'espoir dans les moments difficiles. À eux toute ma reconnaissance.

Je ne saurais oublier de remercier toutes les personnes qui me sont chères, en particulier mes beaux-frères et sœurs.

Je remercie tous mes amis en France et ailleurs qui m'étaient un support et un appui pendant toute cette année. À la fin, je tiens à présenter mes reconnaissances et mes remerciements à ma femme qui n'a jamais cessé de me soutenir pour que je puisse finir mes études et être le meilleur et à qui je voudrais exprimer mon affection et ma gratitude.

Je dédie cette thèse à mon pays d'origine la Syrie qui souffre des années difficiles, ainsi qu'à la France qui m'a donné beaucoup et m'a offert l'opportunité d'élaborer ce travail.

Table des abréviations

AAA	« <i>American Arbitration Association</i> »
ACI	Accord sur le Commerce Intérieur, signé entre les provinces du Canada
ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, en anglais, « <i>Agreement on trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS</i> »
ADR	« <i>Alternatives Dispute Résolutions</i> »
AFF	Affaire
ALÉ	Accord de libre échange
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain « <i>NAFTA</i> » en langue anglaise
ATS	« <i>Alien Tort Statue</i> »
CCI	Chambre de commerce international
CDI	Commission du droit international
CEDEAO	Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest
CEDH	Convention européenne des Droits de l'Homme
CIOIC	Commission Intérimaire de l'Organisation Internationale du Commerce
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
COLL.	Collection
CONSID	Considération

ECOMOG	« <i>Economic Community of West African States Monitoring Group</i> »
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
FIDH	Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme
FMI	Fonds monétaire international
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, « <i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> »
GONGO	Acronyme anglais de « Governmentally Organized Non-Governmental Organizations »
Ibid.	« <i>Ibidem</i> » (Au même endroit)
IBLJ	« <i>International Business Law Journal</i> »
IDE	Investissement direct à l'étranger
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
MERCOSUR	Marché commun de l'Amérique du Sud
MRD	Mémoire d'accord
NIPC	Nouvel Instrument de la Politique Commerciale
OIC	Organisation Internationale du Commerce
OIG	Organisations intergouvernementales
OIT	Organisation internationale de travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies (Nations Unies)
Op. cit.	« <i>Opere citato</i> » (Ouvrage cité)
ORD	Organe de règlement des différends
OTC	Obstacles techniques au commerce
Paragr.	Paragraphe

PED	Pays en développement
PIB	Produit intérieur brut
PPA	Parité de pouvoir d'achat
PSI	Inspection avant expédition, « <i>Pre-shipment Inspection</i> »
PTAs	« preferential trade arrangements, accords commerciaux préférentiels »
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
ROC	Règlement sur les obstacles au commerce
SMC	Accord sur les subventions et les mesures compensatoires
Sess.	Session
TAS	Tribunal arbitral du sport
TBI	Traités bilatéraux d'investissement
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPI	Tribunal de première instance
TUE	Traité sur l'Union Européenne
UE	Union européenne
UN	« <i>United Nations</i> »
UEMOA	Cour de justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest africaine
Univ.	Université
USTR	« <i>United States Trade Representative</i> »

Les revues

ACDI	Annuaire de la Commission du Droit International
AJIL	« <i>American Journal of International Law</i> »
ARB. Int'L	« <i>American Review of International Arbitration</i> »
Catholic U. L. Rev	« <i>Catholic University Law Review</i> »
Fordham Int'l L.J	« <i>Fordham International Law Journal</i> »
Gaz. Pal	Gazette du Palais
Harv. L. Rev	« <i>Harvard Law Review</i> »
JDI	Journal du droit international
JIEL	« <i>Journal of International Economic Law</i> »
JWT	« <i>Journal of World Trade</i> »
RBDI	Revue belge de droit international
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
Rev. Arb	Revue de l'Arbitrage
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RJQ	Recueil de jurisprudence du Québec
RTDciv	Revue trimestrielle de droit civil
SFDI	Colloque annuel de la Société française pour le droit international
SUNS	« <i>South North Development Monitor</i> »
YEL	« <i>Yearbook of European Law</i> »

Résumé

Créée à l'issue du cycle de négociations de l'Uruguay, l'OMC est une organisation internationale dont l'objectif essentiel est de faire disparaître toutes les barrières du commerce international. Son action vise tous les obstacles tarifaires ou non tarifaires au commerce des marchandises, mais aussi au commerce des services et des droits de propriété intellectuelle.

Un mécanisme de règlement des différends est intégré afin de garantir le bon fonctionnement de l'OMC et afin de corriger les défauts majeurs apparus lors du GATT. Il autorise un État membre lésé, lorsqu'un avantage a été annulé par un autre État membre, à initier une procédure devant l'Organe de règlement des différends dans le but de rétablir l'équilibre affecté par cette annulation. C'est un mécanisme de conciliation quasi-obligatoire, développé de façon pragmatique afin de contribuer au règlement des litiges entre parties contractantes. Il est aujourd'hui l'un des mécanismes interétatiques parmi les plus actifs sur le plan international.

Les accords de l'OMC ont pour objet le règlement et l'amélioration des relations entre les États ou les organisations régionales ou internationales, et non pas la protection des particuliers. De ce fait, seuls les États peuvent avoir accès aux procédures de règlement des différends. Pourtant, le jeu économique international n'implique pas seulement les États, les acteurs privés y cherchent à jouer un rôle concret et efficace. Malgré le fait que ces derniers sont souvent affectés par les actes et les comportements commerciaux incompatibles avec les règles de l'OMC, ils ne peuvent pas être directement parties à un différend auprès de l'Organe de règlement des différends (ORD) de cette organisation. Ils peuvent néanmoins faire valoir leur expertise et soutenir les membres à l'occasion de leurs litiges. Une collaboration réelle entre les secteurs public et privé s'avère essentielle dans ce système de l'OMC. Cependant la relation entre les membres étatiques et les acteurs privés n'est pas toujours évidente.

Cette étude aborde la question de la possibilité d'intervention des acteurs privés aux procédures de règlement des différends de l'OMC. Elle a pour objet de présenter les formes actuelles d'intervention des acteurs privés au sein de ces procédures et les possibilités d'un renforcement de leur participation au sein de l'OMC.

Sommaire

Introduction	Erreur ! Signet non défini.
PARTIE I - Des possibilités limitées d'intervention des acteurs privés au niveau international.....	Erreur ! Signet non défini.
TITRE I - La non-reconnaissance des acteurs privés dans le droit international public	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE I - L'ignorance des personnes privées par les instances juridictionnelles.	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE II - L'hésitation quant à la reconnaissance des organisation non gouvernemental à l'OMC.....	Erreur ! Signet non défini.
TITRE II - Les voies de participation des personnes privées au système de règlement des différends à l'OMC	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE I - L'intervention des acteurs privés en qualité d'amicus curiae ...	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE II - Le statut des personnes physiques membres des instances de règlement des différends de l'OMC	Erreur ! Signet non défini.
PARTIE II - Un environnement réceptif à l'intervention des acteurs privés dans le système de règlement des différends	188
TITRE I - Un meilleur encadrement universel de l'acteur privé	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE I - La diversité des expériences juridiques nationales	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE II - Les perspectives comparatistes dans le cadre des organisations internationales	Erreur ! Signet non défini.
TITRE II - Une extension espérée du rôle des acteurs privés à l'OMC.....	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE I - Les potentialités de l'extension du droit des acteurs privés de porter plainte auprès de l'OMC	Erreur ! Signet non défini.
CHAPITRE II - Une extension polémique du rôle des acteurs privés au sein de l'OMC	Erreur ! Signet non défini.
Conclusion.....	Erreur ! Signet non défini.

Introduction

La question de la possibilité d'intervention des acteurs privés aux procédures de règlement des différends de l'OMC a suscité un grand intérêt au niveau international. Cette étude a pour objet de présenter le rôle des acteurs privés au sein de ces procédures.

Dans ce cadre, le choix a été de donner un sens aussi large que possible aux termes « acteurs privés » et de différencier ainsi cette recherche des autres travaux existants dans ce domaine. L'expression englobe ainsi les entreprises internationales, les organisations non-gouvernementales (ONG), les *amicus curiae*, les arbitres et même les juges. Elle représente dans cette contribution les personnes physiques ou morales qui interviennent auprès de l'OMC et son système de règlement des différends.

Pour des raisons de rédaction et afin d'éviter les répétitions, ont été considérées comme synonymes les expressions suivantes : « acteurs privés », « personnes privées », « individus » et « opérateurs privés ». Il s'agit ainsi d'opposer ces dernières aux acteurs publics que sont les États souverains, sujets premiers de droit international, et les organisations internationales.

Pour mieux délimiter et comprendre le sujet de la thèse, il est nécessaire dans un premier temps de présenter sommairement le système de règlement des différends de l'OMC.

Paragraphe I - Le système de règlement des différends de l'OMC

Le règlement des différends forme la clef de voûte du système commercial multilatéral et une contribution sans précédent de l'OMC à la stabilité de l'économie mondiale. Sans un moyen de régler les différends, le système fondé sur des règles ne serait d'aucune utilité car celles-ci ne pourraient pas être appliquées. Le mécanisme de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce autorise un État membre lésé, lorsqu'un avantage a été annulé par un autre État membre, d'initier une procédure devant l'Organe de règlement des différends dans le but de rétablir l'équilibre affecté par cette annulation. Le système est basé sur des règles clairement définies, avec un calendrier pour l'examen d'une affaire. Les décisions initiales, appelées rapports, sont rendues par un groupe spécial et approuvées, ou rejetées, par l'ensemble des membres de l'OMC. Il est à noter que l'appel ne peut concerner que les points de droit. Un tel mécanisme de règlement des différends est indispensable pour faire respecter les règles et pour maintenir le libre échange mondial.

Dans ce système de règlement des différends de l'OMC, les acteurs privés cherchent à jouer un rôle concret et efficace. Toutefois et malgré le fait qu'ils sont souvent affectés par les actes et les comportements commerciaux incompatibles avec les règles de l'OMC, ils ne peuvent pas être directement parties à un différend auprès de l'Organe de règlement des différends (ORD) de cette organisation. Ils peuvent faire valoir leur expertise et soutenir les membres à l'occasion de leurs litiges. Une collaboration réelle entre les secteurs public et privé s'avère essentielle dans ce système de l'OMC ; cependant la relation entre les membres et les acteurs privés est perturbée car leurs intérêts respectifs ne sont pas constamment compatibles.

A - Les origines du système

Dans le cadre de l'ancien Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT de 1947), une procédure de règlement des différends existait déjà. Deux articles concernaient cette procédure. D'une part l'article XXII (Consultations) établissait un droit de consultation entre les parties contractantes afin de régler le conflit entre eux. D'autre part, l'article XXIII (Protection des concessions et des avantages) précisait les conditions d'application de ce droit de consultation. Il pouvait être mis en œuvre dans le cas où un membre considérait qu'il ne profitait pas d'un avantage auquel il pouvait prétendre en vertu du GATT, et ce du fait des agissements d'un autre membre. En effet, dans un premier temps, l'accent était toujours mis sur la négociation et la recherche d'une solution satisfaisante pour les différentes parties, par voie de consultations. En cas d'échec, dans un second temps, l'ensemble des membres du GATT était sollicité. Ceux-ci devaient examiner la question, puis statuer ou formuler des recommandations selon le cas. Ils avaient également la possibilité de proposer l'autorisation de sanctions, lorsqu'elles se révélaient nécessaires. Dans un troisième temps, un groupe spécial de trois à cinq experts était généralement désigné par les membres. Il prenait connaissance des observations des États membres et formulait sa propre recommandation. Enfin, intervenait alors le Conseil des représentants du GATT. Le Conseil statuait sur l'adoption de la recommandation du groupe spécial. Si celle-ci était adoptée, elle devenait contraignante.

Entre 1948 et 1994, plus de 120 groupes spéciaux ont été institués dans le cadre du règlement des différends découlant des accords du GATT. Il en a résulté de lourdes difficultés pour la mise en œuvre de cette procédure ; il n'y avait aucun calendrier établi, il était trop facile de bloquer les décisions et la plupart des différends traînaient en longueur sans arriver à une solution satisfaisante. En effet, le mécanisme du GATT avait en particulier deux défauts.

Premièrement, le système reposait sur le consensualisme. Les décisions prises par le Conseil devaient refléter le consensus des membres, tout au long du processus. Ils devaient donc s'accorder sur la décision d'établir un groupe spécial, sa composition, les limites de son mandat ou l'approbation de ses recommandations. La recommandation devenait contraignante à dater de son adoption par le Conseil des représentants du GATT. N'importe quel Membre pouvait donc bloquer le processus.

Deuxièmement, la situation s'est encore dégradée après 1979. Sont alors entrés en vigueur un certain nombre d'accords sur des mesures non tarifaires, qui n'intéressaient qu'un nombre limité de membres - les fameux « codes des normes »², négociés durant le Cycle de Tokyo. Sept de ces accords prévoyaient leur propre procédure de règlement des différends, ainsi que des obligations de codes distinctes de celles du GATT, d'où un risque réel d'incompatibilité entre les différentes décisions. Le système du GATT était en conséquence marqué par ses lenteurs et ses incohérences, du fait d'une mise en œuvre incertaine et inadaptée. De plus, le règlement des différends était peu crédible pour les petits États, car les grands États, puissants commercialement, avaient la possibilité de se soustraire aux règles du GATT. En effet, non seulement leur économie s'est développée à l'abri des barrières douanières, mais en plus ils s'autorisent certaines violations des principes libre-échangistes lorsque leurs intérêts sont menacés (subvention à l'agriculture, contrôle des ressources pétrolières, etc.).

Cette expérience mitigée et l'introduction de toutes nouvelles obligations dérivant des accords GATTs - sur les services - et ADPIC - sur la propriété intellectuelle - ont conduit à la décision de doter l'OMC d'un ensemble unique de procédures de règlement des différends. Le système mis en place s'appliquerait à tous les secteurs des relations commerciales couverts par la nouvelle organisation, dont la marche ne pourrait plus être bloquée par les aléas du consensus.

B - Les caractéristiques du système

Le Mémoire d'accord (MRD) issu du Cycle d'Uruguay a mis en place un processus mieux structuré, dont les étapes sont plus clairement définies. Il établit une discipline plus rigoureuse quant au délai octroyé pour le règlement d'une affaire ainsi que des échéances flexibles pour les différentes étapes de la procédure. Il souligne qu'un règlement rapide est indispensable au bon fonctionnement de l'OMC. Il couvre 30 pages et comprend 27 articles et quatre appendices décrivant dans le détail les procédures régissant l'ouverture et la conduite

² Les « Codes des Normes » de 1979 ont été négociés au cours du Cycle de Tokyo et n'ont été reconnus que par les États qui l'ont ratifié. Cependant, ces textes définissaient les modalités d'application des normes internationales plus largement reconnues dans le cadre des mesures de restriction des importations et des procédures de règlement des différends.

d'une action de règlement des différends. Il énonce de manière très détaillée les règles de procédure à suivre et les calendriers à respecter à cette fin. En effet, la procédure complète, jusqu'à la décision de la première instance, ne doit pas en principe durer plus d'un an, ou plus de 15 mois en cas d'appel. Les délais convenus sont flexibles et, en cas d'urgence, lorsqu'il s'agit de produits périssables, la procédure est accélérée autant que possible.

Le MRD a mis en place une nouvelle institution, l'Organe de règlement des différends (ORD), démembré du Conseil général de l'OMC, qui est composé de représentants de l'ensemble des membres de cette organisation. Son président est choisi par les 159 États membres pour une durée d'un an. Traditionnellement, cette fonction est occupée alternativement par un représentant des pays en développement et par un représentant des pays développés. L'ORD est administré par le secrétariat général de l'OMC qui tient notamment la liste des membres des groupes spéciaux présentés par les États membres.

Cet organe est chargé d'administrer les dispositions du MRD, des autres accords de l'OMC et les règles spéciales contenues dans les accords de l'OMC, visés aux annexes 1 et 2 du MRD. Le mécanisme est complété par la création d'un Organe d'appel permanent en plus du groupe spécial. Ce dernier est normalement composé de trois panelistes, sauf si les membres s'accordent sur cinq panelistes³. Quant à l'Organe d'appel, il est composé de sept membres⁴ indépendants nommés pour une période de quatre ans, ce qui offre une garantie supplémentaire contre l'adoption de rapports de panels aux conclusions contestées ou problématiques pour la cohérence de la jurisprudence. L'ORD établit les groupes spéciaux (panels), adopte les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel et prodigue des recommandations à la lumière de ces rapports. Enfin, il surveille et contrôle dans quel délai et de quelle façon la partie concernée se conforme à ses décisions.

Par ailleurs, en réaction aux défaillances révélées dans l'ancienne procédure du GATT, le Mémorandum d'accord issu du cycle d'Uruguay empêche un État de bloquer l'adoption de la décision. S'agissant des rapports des groupes spéciaux de l'OMC, ils sont adoptés selon le principe du « consensus négatif », c'est-à-dire que leur rejet n'est possible que s'il existe un consensus de tous les États membres dans ce sens. Cette règle permet l'adoption presque systématique des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel par l'ORD⁵. De cette

³ Mémorandum d'accord, article 8.5.

⁴ Mémorandum d'accord, article 17.

⁵ WALLACH (L.), SFORZA (M.), *Whose Trade Organization? Corporate globalization and the Erosion of Democracy*, Washington, Public Citizen, 1999, 229. p. 195.

façon, pour bloquer une décision, l'État doit rallier tous les autres membres à sa position, y compris la partie adverse.

Il semble important de souligner qu'un des principes majeurs énoncés par les procédures de règlement des différends de l'OMC est que le gouvernement d'un État membre ne doit pas solliciter l'ORD pour un différend avant que n'échouent des efforts visant à le régler sur la base de consultations bilatérales. Ces procédures prévoient également que, pour trouver des solutions mutuellement acceptables, les deux opposants peuvent demander au Directeur général de l'OMC, ou à toute autre personne, d'offrir ses bons offices afin d'assurer une conciliation et une médiation entre eux.

Les organes de l'ORD n'ont pas de pouvoir d'auto-saisine. La saisine n'a lieu que si l'une des parties concernées dénonce l'implication de la partie adverse dans des pratiques contraires aux principes de l'OMC. Cependant, la saisine des organes de l'ORD n'étant pas obligatoire, les États peuvent régler le différend à l'amiable. L'ORD ne produit d'ailleurs que des conclusions fondées sur les accords passés au sein de l'OMC et ne crée ni jurisprudence, ni « droit de l'OMC ». En effet, d'une part il serait difficile d'établir une jurisprudence qui puisse être généralisée à l'organisation économique de l'ensemble des États membres ; d'autre part, ceux-ci ne souhaitent pas que l'organisation internationale et son organe de règlement des différends aient une autorité trop importante sur les politiques nationales en matière économique.

Lorsque les rapports des groupes spéciaux sont adoptés par l'ORD, ils acquièrent l'autorité de la chose jugée. En conséquence, sauf si l'ORD accorde à l'État objet du rapport un délai, ce dernier doit se conformer sans attendre à ses recommandations⁶. Ainsi, il n'a pas la possibilité de mettre en œuvre une procédure pour retarder la mise en œuvre des décisions de l'ORD. De plus, si le comportement condamné ne prend pas fin, les États auxquels l'ORD a donné raison sont autorisés à prendre des mesures de rétorsion envers les États sortant perdants de la procédure. Dans la plus part des cas, le litige prend fin grâce à des négociations entre les parties.

Si, à l'inverse, la partie qui est en infraction ne donne pas suite aux recommandations du groupe spécial ou de l'Organe d'appel dans un délai raisonnable, la partie qui a invoqué la procédure de règlement des différends peut demander une compensation. La partie en

⁶ Mémoire d'accord, article 21.1.

infraction peut aussi offrir d'elle-même des compensations⁷. Toutefois, dans le cas où elle s'obstine dans son refus (refus de mettre en œuvre les recommandations et refus également d'offrir une compensation appropriée), la partie lésée a encore une carte à jouer. Elle peut demander à l'ORD de l'autoriser à prendre des mesures de rétorsion en suspendant l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des Accords. Cette mesure finale de l'OMC est toutefois appliquée de manière sélective par les États membres. Par exemple, la partie lésée peut être autorisée par l'ORD à relever les droits de douane sur les produits qu'elle importe à partir de la partie en infraction; dans ce cas, le commerce de ces produits doit être à peu près équivalent à celui qui est pénalisé par les mesures qui ont fait l'objet de la plainte.

Le Mémorandum d'accord précise explicitement que la compensation et la suspension de concessions (contre-mesures) ne permettent pas de résoudre le différend, elles ne sont que des mesures provisoires⁸. Pour la partie perdante, la seule mesure corrective permanente consiste à modifier son comportement afin de le rendre conforme aux accords pertinents visés, comme le prévoit l'article 19 du Mémorandum d'accord. En outre, le terme « recommandation » qui figure à l'article 19:1 et l'expression « recommandation et décision » ne doivent pas être interprétés comme laissant à la partie le pouvoir discrétionnaire de décider de suivre ou non la recommandation.

Concernant la durée approximative prévue pour chaque étape d'une procédure de règlement des différends, le Mémorandum d'accord est flexible. En outre, les pays peuvent régler eux-mêmes leurs différends à tout moment. Les moyennes établies sont également approximatives⁹.

L'ORD essuie de nombreuses critiques, notamment de la part de la société civile, mais celles-ci doivent être nuancées. D'une part il faut noter que des portions importantes du commerce mondial échappent à son contrôle (hydrocarbures, aéronautique, armement). D'autre part, l'ORD semble être un instrument relativement efficace pour mettre en œuvre les

⁷ Mémorandum d'accord, article 22.

⁸ Mémorandum d'accord, article 3 :7, 21 :6 et 22 :1.

⁹ Le temps moyen nécessaire pour la consultation et la médiation est de 60 jours. L'établissement du groupe spécial et la désignation des membres du groupe prend en moyenne 45 jours. Le groupe spécial a besoin d'environ 6 mois pour présenter son rapport final aux parties et de trois semaines pour le présenter aux autres membres de l'OMC. Ensuite, s'il n'y a pas d'appel, l'adoption du rapport par l'ORD prend généralement 60 jours, ce qui fait que la procédure sans appel a une durée moyenne d'un an. Si, au contraire, il y a appel, il faut encore entre 60 et 90 jours pour le rapport d'appel soit présenté. Il faudra après encore environ 30 jours pour qu'il soit adopté par l'ORD. La procédure avec appel dure donc en moyenne un an et trois mois.

missions confiées à l'OMC et assurer une égalité juridique entre les États, au moins sur le plan médiatique, et donc psychologique, avec les condamnations publiques d'États, notamment les plus développés comme les États-Unis, le Japon ou l'UE.

Paragraphe II - L'identification des catégories d'acteurs agissant sur la scène internationale

À l'échelle internationale, l'État était le seul acteur pendant des siècles (A). Mais plusieurs concurrents privés sont émergés sur la scène mondiale ce qui a assoupli la théorie de l'État comme seule entité souveraine. La forme de cette société civile a évolué et recouvre plusieurs définitions selon le pays et l'époque envisagés par la doctrine (B).

A - La notion d'État souverain

L'État, au sens moderne du mot, est une invention relativement récente qui n'existait pas sous l'Antiquité et au Moyen-âge. Cette vaste période est ainsi qualifiée de « pré-étatique »¹⁰. Les collectivités politiques de l'Antiquité sont les Empires et les Cités. La chute de l'Empire romain d'Occident en 476 entraîne très progressivement l'émergence d'entités organisées en monarchies distinctes, organisées sur le principe de territorialité¹¹.

Vient à partir du IXe siècle une longue lutte de souveraineté entre le Saint Empire romain germanique et la papauté. Les empereurs et les papes échouent à mettre en place un pouvoir supranational universel chrétien et des États apparaissent¹². Cette émergence est due en Europe occidentale au développement de la guerre moderne et à la levée d'impôts permanents, qui contribuent à doter l'État de structures de plus en plus complètes¹³. Ainsi, à la fin du Moyen-âge, la diplomatie se développe et sont créés des ministères des Affaires

¹⁰ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ., 2009, p. 8.

¹¹ *Ibid.*, p. 14.

¹² PERNOT (F.), « *La naissance de l'État moderne* », consulté le 31 mai 2013, le site : http://www.cesa.air.defense.gouv.fr/IMG/pdf/La_naissance_de_l_Etat_moderne.pdf.

¹³ *Ibid.*

étrangères et des ambassades permanentes ; dans les pays hors-chrétienté, un système spécial de protection consulaire est mis en place¹⁴. Les guerres féodales deviennent des guerres d'État, impliquant des effectifs de plus en plus nombreux, sur des périodes plus longues et nécessitant désormais une professionnalisation des combattants. De cette façon, la guerre devient une fonction exclusive de l'État et seule la guerre au nom de l'État est légale. Celle-ci propage l'idée que tout étranger est un ennemi et encourage ainsi le sentiment national et le patriotisme. Les querelles des monarques de la fin du Moyen-âge perdent leur dimension familiale pour devenir internationales¹⁵.

La guerre est la cause et la justification du prélèvement d'État, car les dépenses militaires sont de plus en plus lourdes. Une fiscalité se met alors en place, d'abord de manière extraordinaire puis régulière. Par ailleurs, pour asseoir et légitimer la souveraineté du roi, les légistes royaux propagent la théorie du souverain « empereur en son royaume »¹⁶. Il est présenté comme l' élu de Dieu et une propagande royale s'efforce de marquer les populations de cette majesté par de grandes cérémonies. Le pouvoir central se trouve renforcé, ainsi que les moyens de gouvernement ; les premiers « fonctionnaires » apparaissent avec l'achat d'une charge de l'appareil d'État¹⁷.

Le processus de création de l'État, long et complexe, se consolide et s'étend aux différentes monarchies et principautés d'Europe occidentale. En France, l'unification territoriale s'achève sous le règne de Louis XI au XVe siècle¹⁸.

Au siècle suivant, Jean Bodin (1530-1596) conceptualise l'État et le principe de sa souveraineté pour affermir le pouvoir royal. Il désigne l'État par le terme *Res publica*, dont la caractéristique essentielle est la puissance souveraine. Celle-ci comporte un aspect interne et un aspect externe, qui légitiment par le droit la lutte du roi contre la papauté et l'Empire d'une part, et contre la féodalité d'autre part¹⁹.

Le système d'État souverain implique un système interétatique qui évolue à partir de la fin du XVIIIe siècle vers une certaine solidarité internationale. La coopération et l'effort collectif apparaissent petit à petit comme nécessaires pour la recherche des solutions d'intérêt commun

¹⁴ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit international public, op. cit.*, p. 16.

¹⁵ PERNOT (F.), *op. cit.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit international public, op. cit.*, p. 18.

¹⁹ *Ibid.*, p. 19.

(Technique industrielle et colonisation par exemple)²⁰. En conséquence, le droit international se développe en s'adaptant.

Les révolutions françaises et américaines, loin de mettre à mal la théorie de l'État souverain, le renforcent. L'État princier et patrimonial devient l'État national, donc de la nation dont il est au service. D'autre part, le principe des nationalités apporte à l'État national « une justification rationnelle d'une portée universelle »²¹. L'État doit correspondre territorialement à la nation. Sur ce fondement, le XIXe siècle devient l'âge du nationalisme européen et voit une recrudescence des revendications à ce sujet.

La juxtaposition des souverainetés au plan international implique une anarchie de ces souverainetés. La carence institutionnelle de la société internationale pose problème, mais les États ne souhaitent pas renoncer au système interétatique, garant de leur souveraineté²². La coopération résulte d'abord de la force des choses et pousse les grandes puissances à régler elles-mêmes les questions d'intérêt commun. Cependant, ce système montre ses limites avec l'éclatement de la première guerre mondiale et l'on assiste ensuite à un mouvement d'organisation raisonnée de la société internationale. Aujourd'hui, cette organisation ne nie pas la souveraineté, mais parvient en certaines circonstances à l'atténuer, ou à la limiter. Au contraire, c'est dans la volonté des États qu'elle a son fondement et elle ne vise qu'à permettre une coexistence harmonieuse des souverainetés²³.

La souveraineté étatique a été influencée par l'émergence de la mondialisation qui, depuis le début des années 1990, marque une nouvelle étape dans l'intégration au niveau mondial des phénomènes économiques, financiers, écologiques et culturels²⁴. La création d'un espace mondial interdépendant n'est pas nouvelle, mais la phase de mondialisation que nous vivons est marquée de certaines caractéristiques inédites. En effet, pour la géographe et économiste Sylvie Brunel, elle est fondée sur quatre évolutions majeures : la globalisation financière, l'avènement des doctrines libérales, la prédominance du réseau sur le territoire avec l'extraordinaire progrès des technologies et le grand retour des États²⁵.

²⁰ *Ibid.*, p. 28.

²¹ *Ibid.*, p. 29.

²² *Ibid.*, p. 32.

²³ *Ibid.*, p. 32.

²⁴ BRUNEL (S.), « Qu'est-ce que la mondialisation? », *Revue Sciences Humaines*, n° 180, Spécial mars 2007.

²⁵ *Ibid.*

Sur ce dernier phénomène, les auteurs sont divisés et expriment des opinions qui sont contradictoires. Certains considèrent que la mondialisation engendre une perte de la souveraineté de l'État, d'autres voient une continuité et d'autres encore, comme Sylvie Brunel, sont d'avis que la mondialisation entraîne un renforcement de l'État.

Ces derniers avancent le fait que la souveraineté légale internationale des États est renforcée par la mondialisation du fait des accords et organisations internationaux accompagnant le phénomène²⁶. Samy Cohen trouve également que l'idée d'un affaiblissement des acteurs étatiques n'est pas justifiée. Il considère au contraire que le phénomène transnational n'est pas uniforme et n'a pas entraîné de réelle remise en cause de la notion d'État dans son ensemble²⁷.

À l'opposé, de nombreux auteurs s'accordent sur l'idée d'un nouvel équilibre des pouvoirs entre les États et les acteurs transnationaux. James Rosenau observe ainsi que le sentiment de soumission et de loyauté des groupes et des individus à l'égard de leur État faiblit. Ce qu'il appelle le « monde mult centré » serait en recherche d'autonomie par rapport à l'autorité étatique²⁸. L'auteur Bertrand Badie défend également l'idée que la société civile est en train de prendre une revanche sur l'État, qui serait défié d'une part par des acteurs internes à la nation, d'autre part par des acteurs transnationaux. Ce courant de pensée estime qu'au niveau transnational le pouvoir est très dispersé et échappe à la maîtrise des gouvernements²⁹.

B - L'émergence d'entités privées distinctes de l'État

L'État a toujours cohabité avec des entités privées. Celles-ci peuvent être envisagées à travers la notion de société civile, dont les fondements doivent être exposés (1). En outre, cette notion connaît une déclinaison particulière dans le cadre du droit de la procédure de façon générale. Il s'agit de l'*amicus curiae* (2).

²⁶ BOLDUC (D.), AYOUB GREEN (A.), « La mondialisation et ses effets : revue de la littérature », consulté le 21 Mars 13, le site : www.creden.univ-montpl.fr/Reseau/publis/Bolduc-Ayoub.pdf, p. 71.

²⁷ COHEN (S.), « Les États face aux 'nouveaux acteurs' », *Politique internationale*, n° 107, 2005, p. 1.

²⁸ *Ibid.*, p. 1.

²⁹ *Ibid.*, p. 2.

1 - Les fondements théoriques de la notion de société civile

Le terme de société civile revient sans cesse dans le débat politique. Mais la notion qu'il désigne est ambiguë, car il est tantôt utilisé en opposition à l'État, tantôt pour désigner un « lieu où le privé et le public s'interpénètrent »³⁰. La dimension économique de la société civile est centrale pour certains, alors que pour d'autres, c'est la dimension non marchande qui doit être valorisée.

L'expression société civile est donc bien une notion politique, dans le sens où sa signification est plurielle et où elle est définie par opposition à d'autres concepts tout aussi politiques, comme l'État. L'histoire de cette notion ambiguë révèle une succession de redéfinitions marquée par des ruptures et des appropriations par des auteurs considérés aujourd'hui comme fondateurs des concepts formant notre société moderne.

Les étymologistes font remonter la naissance du terme au latin *societas civilis*, utilisé par les auteurs romains de façon courante. Cicéron l'emploie pour désigner la *res publica* ; il considère que le lien de la société civile est la loi et oppose la notion à l'humanité toute entière³¹.

Le qualificatif civil (*civilis*) est très flou car il désigne à la fois le caractère public d'une chose et son caractère privé. Le terme latin *societas civilis* signifierait donc « l'association publique et privée des individus dans une cité, par opposition d'un côté aux sociétés naturelles, telle que la famille, de l'autre à la société universelle du genre humain »³². Dans sa signification latine, la société civile serait donc un groupe organisé, de taille intermédiaire entre la famille et l'humanité, et ce groupe serait lié par la loi.

Il fallait ensuite attendre le XVIIe siècle pour que l'expression société civile apparaisse en français, notamment dans des traductions des écrits du célèbre philosophe Hobbes. Celui-ci l'oppose à un autre terme nouveau : « l'état de nature »³³. Pour lui, la société civile signifie l'État. Il la voit comme une personne civile à l'origine de laquelle se trouve un contrat, et dont la volonté résulte de l'accord de nombreux hommes. La société civile s'oppose alors à une

³⁰ RANGEON (F.), « Société civile : histoire d'un mot », in *La société civile*, Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique, Paris, PUF, 1986, p. 9.

³¹ *Ibid.*, p. 11.

³² *Ibid.*, pp. 11-12.

³³ PIROTTE (G.), *La notion de société civile*, Paris, La Découverte, 2007, pp. 13-15.

société naturelle. Elle résulte de la volonté des individus d'instaurer un ordre politique stable et d'assurer la sécurité. Elle rejoint alors plus ou moins la notion d'État, mais avec une dimension plus tournée sur l'origine volontaire et humaine de sa création.

Locke reprend à la fin du XVII^e siècle la notion de société civile en la mêlant également à celle d'État. Cependant, il lui assigne un objectif quelque peu différent de Hobbes. En effet, alors que ce dernier voit dans la société civile un moyen d'assurer la paix, Locke considère que son but essentiel est la conservation de la propriété³⁴. Le terme prend alors une dimension économique qui s'ajoute à la dimension juridique et commence ainsi à se distinguer de l'État.

Rousseau va approfondir cette autonomisation de la notion de société civile au XVIII^e siècle. Pour lui, l'État correspond au peuple obéissant aux lois. Il n'oppose pas la société civile à l'état de nature mais considère qu'elle intervient à un stade intermédiaire entre l'état de nature et l'état civil. Elle représente pour lui la société de son époque, où injustice et inégalités côtoient le progrès social et commercial, dont il se méfie.

Ce progrès social et commercial est envisagé de façon très différente par Mandeville dans son ouvrage de 1714 intitulé *Fable des abeilles*. La thèse défendue par l'auteur est que la poursuite des intérêts particuliers contribue au bonheur de tous³⁵. Ce lieu des intérêts et des besoins est la société civile et les vertus de cette sphère du commerce et de la concurrence sont célébrées. Mandeville serait ainsi le fondateur de la conception moderne de la société civile. Cette conception tournée vers l'économie présente la société civile comme un lieu où les hommes produisent et consomment des marchandises. L'idée est qu'un profit commun est obtenu par le fait que chacun veut son bien particulier. La société civile n'est pas la conséquence d'une action volontaire mais du libre jeu des intérêts.

En 1776, alors que les auteurs de l'*Encyclopédie* continuent à faire correspondre société civile et État, Adam Smith va théoriser cette société civile tournée vers l'économie³⁶. Il s'agit d'une société d'échanges commerciaux, où une main invisible, un mécanisme, équilibre les intérêts, sans intervention délibérée des individus. Cependant, Smith évite le terme « société civile ». Il lui préfère les mots « société » et « nation » qu'il oppose à l'État. Ainsi, d'une opposition entre société politique instituée et état de nature, on passe à une opposition entre « nation » et « État ». Ce système est naturel et son fonctionnement ne doit en aucun cas être

³⁴ RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 14.

³⁵ *Ibid.*, p. 16.

³⁶ *Ibid.*, p. 17.

troublé par l'État. L'exclusion du mot « civil » des écrits de Smith est donc une conséquence logique de l'exclusion de l'État du champ social. Il en résulte une émancipation de la notion de société civile par rapport à l'État³⁷.

Au XIXe siècle, deux notions de société civile coexistent. Une conception d'inspiration libérale initiée par Smith présente la société civile comme autonome de l'État. L'autre conception, hégélienne³⁸ puis marxiste, s'appuie sur la société économique et la société conflictuelle.

Les révolutionnaires français ne reprennent pas le terme de société civile. Ils lui préfèrent le terme « société » et « nation ». C'est le cas de Sieyès, qui considère que la nation a précédé la société et qu'elle doit être la notion centrale. Cependant, la notion de société civile va trouver un nouveau souffle, notamment avec l'œuvre de Kant, pour qui elle correspond au droit, tant public que privé. Le Code civil illustre ce renouveau d'une société civile qui est régie par son propre droit. Ainsi, contrairement à la nation, la société civile est le résultat d'une action calculée et volontaire des hommes de façonner une société tournée vers le droit. C'est ensuite par un « glissement de sens »³⁹ que le droit civil devient le droit privé. Le droit privé, droit des relations sociales, s'oppose au droit public, droit de la souveraineté. L'ordre instauré par le Code civil n'est pas seulement économique, comme chez Smith, il est aussi juridique. De cette façon paradoxale, le Code civil, œuvre de l'État et plus particulièrement de Napoléon, est présenté comme un instrument donnant son autonomie à la société civile.

Le lien entre société civile et État disparaît alors. Il en découle désormais une opposition entre civil et État, entre sphère privée et sphère publique où règne l'État. Benjamin Constant s'intéresse à cette opposition et fait du libéralisme une doctrine basée sur la séparation de la société civile et de l'État. L'auteur a une confiance toute particulière dans la société civile et sa capacité d'autosuffisance. Il en résulte pour lui une nécessité de reconnaître les droits et libertés de la société civile face à l'État⁴⁰. En effet, il considère que l'État est le fruit de la société civile, et non l'inverse. Cependant, alors que l'auteur défend une autonomie croissante de la société civile, on assiste à un développement de l'emprise de l'État. Il résout ce paradoxe en considérant que les deux mouvements sont corrélatifs. Il pense que le

³⁷ *Ibid.*, p. 19.

³⁸ PIROTTE (G.), *op.cit.*, p. 24.

³⁹ RANGEON (F.), *op. cit.*, p. 20.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 21.

renforcement de l'État n'implique pas nécessairement un affaiblissement de la société civile, bien au contraire, les deux sphères se combinent l'une avec l'autre.

Cette conception de la société civile est complétée par une autre conception, mise en avant par Hegel, selon laquelle la société civile va de pair avec société bourgeoise. Cette conception hégélienne serait celle qui a le plus contribué à établir le sens moderne de la notion de société civile⁴¹. L'expression de « société bourgeoise » permet à l'auteur d'insister sur la dimension économique de la notion. Elle se trouve ainsi à mi-chemin entre la famille et l'État. Elle amorce l'État. Celui-ci dépasse la société civile, dont le but se cantonne à la satisfaction d'intérêts particuliers. Mais elle ne se confond pas avec l'état de nature. Pour Hegel, la société civile permet aux bourgeois de s'organiser, d'accéder à une certaine universalité, de cerner des intérêts collectifs et de régler certains conflits d'intérêt⁴². L'État reste néanmoins indispensable pour faire prévaloir l'intérêt général sur l'intérêt collectif.

La version hégélienne de la société civile s'attache donc à la fois à son émancipation de l'État et à sa dépendance à l'égard de l'État. Il conclue que cette émancipation doit avoir des limites et que la société civile doit se soumettre à la domination de l'État, notamment pour la réconciliation des conflits. Ainsi, depuis Hegel, il est établi que la société civile n'est pas l'État mais qu'elle n'existe que par rapport à l'État.

Ce rapport ambiguë entre l'État et la société civile, fondé sur une opposition et une complémentarité va inspirer Marx. D'abord, il constate que la conception hégélienne ne correspond pas à la réalité en ce sens que la réalisation effective de la liberté et de l'intérêt général sont différents de l'État. Il se préoccupe d'ancrer la société civile dans la réalité des rapports sociaux⁴³. Pour lui, la société civile équivaut aux conditions matérielles d'existence des individus ; sa conception est matérialiste et historiciste. Il reprend le terme de société bourgeoise mais dans son acception moderne, c'est-à-dire en tant que classe dominante. Il constate à ce sujet une opposition et même une distance entre État et société civile illustrée par la bureaucratie. Il opère alors une double lecture de la société civile : d'une part elle est le fondement réel et matériel de l'État, d'autre part elle est le contraire de l'État. Elle est d'un côté une société économique, de l'autre côté une société politique.

⁴¹ *Ibid.*, p. 22.

⁴² *Ibid.*, p. 24.

⁴³ *Ibid.*, p. 25.

Gramsci reprend ce second aspect de la conception marxiste et considère la société civile comme la sphère des institutions privées telles que l'église, l'école, ou encore les syndicats. En effet, celles-ci contribuent à diffuser l'idéologie dominante, elles sont le lieu où est mise en œuvre la fonction d'hégémonie culturelle et politique. La société civile a donc une dimension politique essentielle. Cette analyse de la dimension politique de la société civile entame la métamorphose de la notion au XXe siècle.

Après avoir été identifié à l'État, puis aux relations privées - économiques ou encore idéologiques - entre les individus, le terme société civile disparaît au XXe siècle pour renaître sous d'autres aspects⁴⁴.

En effet, les ouvrages des néo-libéraux sont vides du mot société civile. Cette absence trouve comme explication d'une part la confusion résultant de la diversité de sens de la notion⁴⁵, d'autre part la remise en cause de la problématique qui oppose l'État à la société civile⁴⁶. Une troisième explication serait la mutation du terme, qui ne relèverait plus d'un concept, mais d'un mythe.

Les discours politiques contemporains présentent la société civile comme l'envers de l'État et surtout comme chargée d'une valeur positive. Par ailleurs, les sociologues voient une renaissance de la société civile, notamment dans la multiplication des associations, la décentralisation, la diffusion des responsabilités et le développement du secteur de l'économie sociale. Cette société civile se voit désormais associer de multiples qualités : créativité, liberté, spontanéité, mais aussi autonomie, responsabilité⁴⁷.

Ces valeurs positives contribuent à la métamorphose de la société civile en mythe. Elles se posent en opposition aux valeurs étatiques et font de la société civile le symbole de la résistance à l'État. C'est cette valorisation de la notion qui entraîne une reconstruction mythique de son histoire par une relecture déformante. La société civile aspire aujourd'hui à devenir « une norme contemporaine au nom de laquelle sont jugées les pratiques des États contemporains »⁴⁸.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 30.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 31.

Finalement, la société civile a subi des réévaluations successives qui ont débouché sur la constitution d'un mythe non dépourvu d'effets pratiques. Elle est aujourd'hui un sujet de critique de la part de l'État qui n'accepte pas toujours un tel concurrent apparu au niveau national, voir même international, malgré le fait qu'elle recouvre des valeurs variées comme la solidarité et l'autogestion, l'initiative privée et la concurrence. Un changement important a eu lieu lors du sommet de l'OMC à Seattle, où les représentants des États ont été assiégés par la « société civile », qui contestait à ceux-ci la qualité exclusive de sujet du droit international.

2 - La déclinaison processuelle de la notion de société civile : l'*amicus curiae*

L'origine de l'*amicus curiae* est pleine d'incertitude, mais les auteurs s'accordent sur le fait que le mécanisme consistait à inviter, et parfois à autoriser un individu professionnel du droit ou un expert à donner son avis aux juges qui souvent n'étaient pas des professionnels⁴⁹.

Le terme latin est en fait inconnu du droit romain, mais il pourrait trouver son origine dans la relation d'*amicitia* qui était essentielle au fonctionnement du *consilium*, souvent présenté comme l'ancêtre de l'*amicus curiae*⁵⁰. Le fait que l'expression latine soit restée s'explique par la volonté d'introduire un langage international et de marquer la singularité de l'institution. Le *consilium* était un groupe de juristes professionnels ou d'experts qui assistaient et conseillaient les préteurs et les juges dans leur tâche de dire la loi. Les membres de ce « Conseil » étaient parfois désignés comme des « amis », notamment dans l'Égypte romaine, ce qui pourrait expliquer l'apparition de l'expression « *amicus curiae* » dans la « *Common Law* »⁵¹. L'Ancien droit français ne révèle lui aucune trace de cette dénomination.

C'est en 1612 que l'existence du mécanisme de l'*amicus curiae* est attestée par Bacon et la première affaire le mentionnant remonterait à 1353⁵². En « *Common Law* », son rôle était de remédier aux incompétences et insuffisances du juge et d'éviter ainsi les erreurs de droit, la

⁴⁹ MENÉTREY (S.), *L'amicus curiae, Vers un principe de droit international procédural ?*, Univ. Panthéon-Assas, Paris et Univ. Laval Québec, 18 décembre 2008, p. 20.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 22.

⁵¹ *Ibid.*, p. 22.

⁵² *Ibid.*, p. 23.

majorité des juges n'étant pas professionnelle. Comme les avocats étaient, eux, professionnels, c'était essentiellement eux qui jouaient ce rôle.

Ainsi, aujourd'hui comme autrefois, la notion d'*amicus curiae* est considérablement attachée à la profession d'avocat. Cela s'explique par la considération que l'avocat a un devoir envers le système de justice et contribue à son bon fonctionnement, ce qui l'apparente ici plus à un avocat de la cour⁵³.

En Grande Bretagne, l'*amicus curiae* est défini comme une personne invitée par une juridiction à donner son avis sur un point de droit particulier lorsque la question qu'il s'agit de trancher dépasse les intérêts privés en cause et se présente comme une question touchant à l'intérêt général⁵⁴. Quand il ne s'agit pas d'une personne publique, la personne invitée est très souvent un avocat des plus expérimentés. Ce fonctionnement est d'ailleurs repris dans la majorité des systèmes juridiques influencés par la « *Common Law* », comme en Inde, en Australie ou encore en Afrique du Sud.

Le Canada fait également parti de ce groupe de pays puisque la participation d'un *amicus curiae* est prévue à la fois par la Loi sur la Cour Suprême du Canada et par les Règles de la Cour⁵⁵. En effet, l'article 53 de la Loi sur la Cour Suprême prévoit la possibilité de faire intervenir un *amicus curiae* au cours de la procédure de Renvoi par le gouverneur en Conseil. Il s'agit d'une demande formulée par le gouvernement fédéral et adressée à la Cour Suprême pour obtenir son avis sur une question de droit constitutionnel⁵⁶. En outre, il est prévu que les Procureurs des Provinces canadiennes soient informés de la date d'audition et puissent y être entendus, ce qui renforce encore le caractère consultatif de la procédure. Bien que l'article 53 ne contienne pas expressément le terme d'« *amicus curiae* », c'est de cette façon que la jurisprudence désigne le mécanisme.

Par ailleurs, les Règles de la Cour Suprême prévoient les recours à un *amicus curiae* d'une part lorsqu'une des parties n'a pas les moyens financiers pour être représentée par un avocat ou ne peut pas venir d'autre part pour faire entendre des intérêts qui, ne pouvant pas être directement représentés, risquent d'être affectés⁵⁷. L'invitation envoyée par le tribunal peut

⁵³ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁵ MENÉTREY (S.), L'*amicus curiae*, Vers un principe de droit international procédural ?, Univ. Panthéon-Assas, Paris et Univ. Laval Québec, 18 décembre 2008, p. 25.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 27.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 29.

limiter sa participation à un point précis de droit ou au contraire lui confier un large « mandat ». Il doit d'abord être souligné que lorsque l'*amicus curiae* est sollicité parce qu'une partie est absente, son intervention permet d'assurer et de renforcer le caractère contradictoire de la procédure. Ensuite, l'*amicus curiae* est sollicité comme un moyen de concilier d'une part le caractère secret de certaines informations nécessaires à la sécurité nationale et d'autre part les droits procéduraux et l'information du public. Cela est notamment le cas concernant les contestations des certificats de sécurité qui permettent d'expulser des personnes dont la présence sur le territoire canadien est jugée dangereuse pour la sécurité du pays⁵⁸. Enfin, l'*amicus curiae* peut être sollicité en tant qu'expert juridique sur une question de droit particulièrement complexe. Dans ce cas, tout comme un expert renseignerait la cour sur une question de fait, il la renseigne sur une question de droit⁵⁹. Le recours à l'*amicus curiae* reste très exceptionnel mais néanmoins bénéfique, puisqu'il permet au juge de contourner les limites de la procédure dans les cas où celle-ci apparaît contre-productive et insuffisante pour rendre une décision équilibrée et acceptable⁶⁰.

En France, le mécanisme de l'*amicus curiae* devant la Cour de cassation est peu développé du fait de la présence systématique du ministère public et de la représentation obligatoire des parties par les avocats au conseil. Le terme latin désigne « la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir, en présence de tous les intéressés, toutes les observations propres à éclairer le juge »⁶¹. Le mécanisme a été utilisé pour la première fois en 1988 par la Cour d'appel de Paris dans une affaire mettant en cause une décision du Conseil de l'Ordre des avocats du barreau d'Evry. Là encore, c'est un avocat qui a été sollicité en tant qu'*amicus curiae*, et plus précisément, le bâtonnier de l'Ordre des avocats de Paris. Cependant, celui-ci serait aujourd'hui désigné comme expert dans les mêmes circonstances, car l'incompatibilité entre la fonction d'expert et d'avocat a été levée en 1990⁶². D'autres affaires ont par la suite fait intervenir des *amicus curiae* de façon plus discrète, au stade de l'instruction du pourvoi et non de l'audience. Ils sont dans ce cas plus des groupements d'intérêt que de simples experts. Quoi qu'il en soit, le recours à l'*amicus curiae* par les juridictions française reste rare, non seulement parce que d'autres mécanisme propres au droit

⁵⁸ *Ibid.*, p. 33.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 36.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 37.

⁶¹ *Ibid.*, p. 45.

⁶² *Ibid.*, p. 46.

processuel français existent parallèlement, mais aussi à cause d'une certaine méfiance à l'égard des innovations dans ce domaine⁶³.

Il faut cependant souligner que se crée une « version française » de l'*amicus curiae*. En 2004, un rapport sur les revirements de jurisprudence a été produit par N. Molfessis. Les propositions qu'il contient concernent l'importance croissante de la jurisprudence dans la création du droit. Or l'acceptation de cette importance serait un préalable à l'introduction d'une procédure de participation en qualité d'*amicus curiae* pour élargir le débat⁶⁴. Cette prise de position laisse donc présager un rôle accru de l'*amicus curiae* dans le droit judiciaire français.

Par ailleurs, le droit judiciaire français subi les influences du droit communautaire, lequel peut amener d'autres développements de la participation de l'*amicus curiae*. En effet, le règlement 1/2003 du 16 décembre 2002⁶⁵ relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence des articles 81 et 82 du Traité sur la Communauté européenne prévoit la possibilité pour la Commission de jouer le rôle d'*amicus curiae* auprès d'une juridiction nationale appelée à appliquer ces règles. La Commission peut ainsi soumettre des observations sur les questions liées à l'application des textes relatifs à la libre concurrence. Pour ce faire, les États sont poussés à adopter des règles de procédure permettant cette intervention extérieure.

Le droit processuel français connaît déjà parallèlement des mécanismes permettant pour les juridictions d'obtenir l'avis d'un tiers sur des points particuliers du litige. D'abord, le droit de la procédure judiciaire prévoit deux systèmes d'intervention d'une personne extérieure, sans que celle-ci soit explicitement désignée par le terme d'*amicus curiae*. Ils interviennent en matière gracieuse et lorsque des autorités administratives indépendantes participent à un règlement des litiges de droit commun devant les juridictions civiles. Le célèbre auteur D. Mazeaud considère qu'il s'agit en effet d'une « forme institutionnalisée d'*amicus curiae* »⁶⁶. Ensuite, les juridictions administratives ont pour pratique de transmettre une requête à des tiers afin d'obtenir leurs observations. Il s'agirait également d'une figure particulière d'*amicus curiae* en France. Enfin, bien que le Conseil constitutionnel ne fasse aucune référence à des « amis », ni dans ses considérants, ni dans ses visas, s'est développée devant

⁶³ *Ibid.*, p. 51.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 52.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 47.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 54.

lui la pratique de la « porte étroite »⁶⁷. Celle-ci permet aux citoyens agissant à titre individuel ou collectif, de façon officieuse, de faire part des observations sur la constitutionnalité de la loi en cause.

Quoi qu'il en soit, l'intervention accessoire prévue par l'article 330 du nouveau code de procédure civile ne peut pas totalement s'identifier à l'intervention d'un *amicus curiae*, d'une part parce que l'intervenant de l'article 330 devient une partie à l'instance, d'autre part parce que sa participation est subordonnée à la demande principale⁶⁸, Autrement dit, lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie.

Les trois éléments mentionnés ci-dessus, à savoir l'État, la société civile et l'*amicus curiae*, sont essentiels dans l'élaboration de la présente étude et l'interaction entre eux doit être bien expliquée vu la complexité du sujet. La présente recherche vise à mieux expliquer l'émergence de ces éléments et à identifier à quel degré les différents acteurs privés sont acceptés par les États souverains et les membres de l'OMC au niveau national et international.

Paragraphe III - La problématique de l'intervention des acteurs privés au système de règlement des différends de l'OMC

La notion d'intervention de l'État est utilisée dans deux domaines distincts, d'une part dans le domaine de la sécurité internationale, d'autre part dans celui de l'économie. Dans les deux cas, l'intervention de l'État est la conséquence d'une conception globale selon laquelle l'État doit agir parce que les choses fonctionnent mal ou pas assez bien si on les laisse suivre leur cours de façon autonome. Est aussi sous-jacente l'idée que seul l'État est légitime pour opérer cette intervention, que les autres acteurs ne sont pas aptes à rétablir la situation.

D'abord, les interventions étatiques liées à la sécurité internationale ont pour but affiché la sécurité d'un pays ou d'une région. L'intervention française actuelle au Mali nous en donne un bon exemple. Ces interventions seraient mieux acceptées depuis la fin de la guerre froide opposant les deux blocs d'influence. En effet, leur légitimité serait plus facilement admise, en

⁶⁷ *Ibid.*, p. 56.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 57.

dépit du principe de droit international de non-intervention en vigueur au sein des Nations Unies⁶⁹.

Ensuite, les interventions des États liées à l'économie et au commerce peuvent avoir lieu au niveau national ou bien au niveau international. L'intervention du pouvoir étatique dans l'économie interne continue de faire débat et a beaucoup évolué. Après un XIXe siècle marqué par la prédominance de l'idée d'économie libérale, la crise financière de la Bourse de New York de 1929 a appelé à un interventionnisme croissant de l'État dans l'économie. Cet interventionnisme sera remis en cause après les Trente Glorieuses où l'on assistera à un désengagement de l'État dans le marché et à un mouvement d'anti-intervention par principe. La tendance actuelle est un retour à un certain dirigisme économique, notamment en France par le biais d'un grand emprunt public⁷⁰.

L'action de l'État à l'égard de l'économie peut intervenir également au niveau international, ou plus précisément au niveau des frontières extérieures de l'État. C'est ce que l'on appelle le protectionnisme. Celui-ci a deux dimensions qui peuvent se superposer. D'une part il existe un protectionnisme défensif qui consiste à mettre en place des barrières à l'importation à l'aide de taxes sur les produits importés. D'autre part, le protectionnisme peut être offensif lorsqu'il se caractérise par des subventions aux produits nationaux exportés.

Le protectionnisme étatique était très important en Europe au XIXe siècle. Il a augmenté jusqu'à atteindre parfois l'extrême que constitue l'autarcie à la veille de la Seconde Guerre mondiale. Il a ensuite suivi une pente générale descendante, amorcée par la signature du GATT en 1947. Parallèlement à ce phénomène, les États se regroupent en unions ou communautés économiques, telles que la Communauté économique européenne ou l'accord de libre-échange nord-américain⁷¹.

Le terme « intervention » n'a pas pour seul sujet l'État. Il peut avoir pour sujet des personnes privées ou des groupes de personnes privées, constituées éventuellement en personnes morales. C'est le cas notamment de l'intervention sociale d'intérêt collectif. Il s'agit de l'action de travailleurs sociaux auprès de personnes constituées en groupes sur un territoire ou dans une institution, dont les buts sont l'amélioration d'une situation par différents moyens. Tout

⁶⁹ TARDY (T.), « L'intervention dans les années quatre-vingt-dix : réflexion autour d'un concept évolutif », *Annuaire français de relations internationales*, vol. II, 2001, pp. 783-786.

⁷⁰ BEZBAKH (P.), « Pas de capitalisme sans intervention étatique », 22/09/2009, www.lemonde.fr, consulté le 20/03.2013.

⁷¹ DACOZ (J. P.) Monnaie, « Intervention de l'État », *Encyclopédie Universalis*, Corpus 12, Paris, p. 837.

d'abord, l'intervention peut avoir pour objet de trouver des réponses collectives à des problèmes collectifs. Ensuite, elle peut viser à faciliter l'accès aux ressources existantes et à un créer d'autres. Enfin, l'intervention des travailleurs sociaux peut avoir pour fin de développer l'autonomie personnelle et sociale par la participation citoyenne des personnes constituées en groupe. À partir de situations ressenties collectivement et définies par les personnes membres du groupe, qui sont elles-mêmes à l'origine de l'action, l'objectif est ainsi de les aider à imaginer et à mettre en place des projets afin d'améliorer leurs vies quotidiennes et de renforcer leur intégration dans la société.

La notion d'intervention a une place toute particulière dans les écrits d'Alain Touraine qui est un sociologue né en 1925. Il analyse la société comme un système d'actions, selon la doctrine de l'école de l'interventionnisme sociologique. Il s'agit d'une conception selon laquelle les observations faites par les sociologues sur le terrain des luttes sociales doivent permettre aux acteurs d'améliorer l'efficacité de leurs actions⁷².

Par ailleurs, le choix de l'expression « acteurs privés » dans l'intitulé de la thèse est inspiré du terme « action civile » qui est une action pour faire reconnaître ou attribuer un droit relevant d'intérêt privé. Elle est menée par une victime d'une infraction pénale, une contravention, un délit, ou un crime, qui a porté atteinte à un intérêt privé conjointement à l'atteinte à l'ordre public afin d'obtenir la réparation du préjudice qu'elle a subi et également de réclamer des dommages-intérêts⁷³. Cette action peut être portée soit devant une juridiction civile (tribunal d'instance, de grande instance ou de commerce) soit devant une juridiction répressive par les personnes civiles, morales et même par d'autres personnes que la victime⁷⁴. L'action civile est une action en responsabilité civile de droit civil, tandis que son fait générateur est une infraction pénale. Elle peut se faire parallèlement à l'action publique.

Lorsque l'action publique n'a pas encore été engagée, la victime agit par voie d'action, mettant de ce fait elle-même en mouvement l'action publique. Lorsqu'au contraire l'action publique a déjà été engagée, la victime procède par voie d'intervention, s'associant par sa constitution de partie civile aux poursuites en cours⁷⁵.

⁷² COUET (J.-F.), DAVIE (A.), *Dictionnaire de l'essentiel en sociologie*, 3^e éd., Paris, Edition Liris, 2002, p. 17.

⁷³ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 art. 2 (Loi Fauchon).

⁷⁴ Articles 1, alinéa 2, 2 et 3 du Code français de procédure pénale.

⁷⁵ AGOSTINI (F.), « Les droits de la partie civile dans le procès pénal, Cour de cassation française », Étude publiée dans le rapport annuelle. Consulté le 02 juin 2013 sur le site :

Pour mettre en mouvement l'action publique, la constitution doit être écrite et faite dans des termes qui manifestent sans équivoque l'intention de se porter partie civile. Lorsque la constitution se fait par voie d'intervention en cours d'instruction ou devant une juridiction de jugement, la manifestation de volonté de la partie peut être écrite ou orale, du moment qu'elle est non équivoque. Pendant la phase d'instruction, l'article 87, alinéa 1, autorise l'intervention à tout moment.

En face de l'action civile, il existe l'action publique, qui intervient pour chaque procès pénal. Elle peut être mise en mouvement soit par le ministère public, qui apprécie les opportunités de la poursuite, soit par la victime, en conséquence de sa constitution de partie civile. L'action publique a pour objet la poursuite de l'auteur d'une infraction devant la juridiction pénale et l'application d'une peine à cet auteur s'il est reconnu coupable. L'exercice de l'action publique implique donc la surveillance du procès pénal, au stade de l'instruction comme au stade du jugement, l'exercice des voies de recours et enfin l'exécution du jugement.

Les acteurs privés se retrouvent seuls, faibles, voire même dépourvus de moyens efficaces de pression au niveau international. À l'origine, ils font face à une véritable ignorance de la part des États qui se voyaient les seuls acteurs actifs au niveau mondial. Ils subissent une incapacité internationale qui est accompagnée de limites juridiques imposées par les juridictions interétatiques et les traités d'intégration économique. Aussi, en ce qui concerne l'intervention des acteurs privés au niveau international, il est possible de constater que l'hostilité et l'hésitation étaient toujours la règle générale tandis que leur accueil et leur prise en compte étaient plutôt une exception. Cette réticence s'est manifestée de manière évidente à l'époque du GATT et demeure aujourd'hui dans le cadre de l'OMC.

Afin d'étudier la situation actuelle des acteurs privés au sein de l'OMC, plusieurs questions nécessitent une analyse approfondie. D'un côté, il s'agit d'abord de rechercher si l'incapacité actuelle des opérateurs privés au niveau mondial est absolue ou relative ; peuvent-ils intervenir sous des conditions restrictives ou sont-ils totalement exclus du processus de négociation et de décision ? La théorie de la protection diplomatique a-t-elle été une bonne solution pour intégrer les personnes privées au milieu international ou a-t-elle des lacunes ? Les solutions doctrinales et de droit international ont-elles répondu effectivement aux faiblesses de cette théorie?

Ensuite, en ce qui concerne l'hostilité à l'égard de l'intervention des acteurs privés, est-elle volontaire ou est-ce seulement le fruit de difficultés procédurales ? Cette attitude était-elle une règle répétée ou seulement une exception ? En outre, l'irrecevabilité des ONG aux prétoires à l'époque du GATT est-elle encore la règle générale à l'OMC ? Les craintes multiples quant à leur intervention sont-elles toujours justifiées malgré tous les bénéfices fournis au niveau de la transparence, de la légitimité, de l'expertise et au niveau du réseau de contacts ?

Par ailleurs, l'intervention subsidiaire sous la forme de l'*amicus curiae* peut-elle être considérée comme une ouverture et une solution bénéfique pour les opérateurs privés ? L'origine et la notion de cette intervention sont-elles bien définies et distinguées des autres formes d'intervention existantes ? En outre, cette voie d'accès est-elle utile pour l'ami de la cour ou est-elle paralysée par des obstacles juridiques et conceptuels ? Cet accès indirect est-il nécessaire pour le fonctionnement de l'ORD ou sert-il seulement à l'élargissement du contradictoire, voire même à une légitimité de façade ?

De plus, une présence des magistrats auprès des groupes spéciaux et auprès de l'Organe d'appel pourrait-elle être une alternative suffisante à l'accès direct des acteurs privés aux activités de l'OMC ? Les modalités de travail des juristes sont claires et ils sont choisis parmi les personnes de haut niveau juridique et présentant des garanties d'indépendance. Peuvent-ils tirer partie de leur position pour eux-mêmes ou sont-ils seulement des fonctionnaires qui obéissent aux règles de la cour ? L'ORD profite-t-il professionnellement de leurs expertises sans leur donner l'opportunité d'exprimer leurs avis ou leur permet-il de défendre leurs intérêts personnels et collectifs ? Les mêmes questions peuvent d'ailleurs être posées quant au recours à l'arbitrage dans le cadre de l'ORD. Selon quels critères l'arbitre est-il choisi, pour quelles raisons est-il sollicité et à quelle phase du litige ? Sa présence peut-elle être considérée comme une intervention privée ou est-elle seulement un moyen pour régler le litige ?

D'un autre côté, il semble important de savoir si l'environnement global du commerce international a subi un changement visible concernant l'interaction des acteurs privés dans le cadre de l'OMC. Les expériences existantes de formalisation des mécanismes internes de plaintes des acteurs privés étaient-elles un atout pour consolider leur positionnement à l'OMC ? Sont-elles conseillées aux autres pays membres de l'OMC ? Par ailleurs, les accords internationaux ne sont pas toujours invocables devant les juridictions nationales. Qu'en est-il des accords de l'OMC et des décisions de l'ORD ? Jouissent-ils d'un effet direct comme c'est le cas des traités de l'Union Européenne, ou affrontent-ils un refus total ?

La question de la participation des opérateurs privés se pose aussi dans le cadre des autres organisations et juridictions régionales et internationales. Quelles sont les modalités de recours au sein de l'Union Européenne ? Qu'en est-il dans les autres organisations régionales d'intégration économique ou de protection des droits de l'homme ?

Dans le futur, les possibilités de recours des acteurs privés à l'OMC pourraient s'étendre. Quelles procédures et quelles formes sont envisagées pour une telle évolution ? Quelles modalités ou modifications faut-il prévoir ? Quels sont les effets juridiques attendus au niveau du système commercial multilatéral ou même du droit international public ? En outre, cette extension potentielle des recours privés à l'OMC est-elle en faveur d'une meilleure application du droit international public ? Entraînerait-elle alors une juridicisation des relations commerciales internationales ? Existe-t-il à ce sujet des arguments en faveur ou en défaveur d'une telle extension éventuelle ? Sur quels fondements s'appuient-ils ?

La question globale est ainsi de savoir si l'incapacité internationale des acteurs privés va subir un changement. Leur intervention va-t-elle devenir incontournable et égaler celle des États ? L'époque de fermeture et d'hésitation à leur égard est-elle révolue ?

En effet, le système de règlement des différends de l'OMC possède beaucoup d'aspects susceptibles d'être étudiés. Vu l'importance et l'actualité du sujet, l'étude s'oriente sur l'intervention des acteurs privés au sein de ce système. Il semblait évident de le développer en adoptant une méthode explicative afin d'examiner les limites et différents aspects de cette intervention. Cet examen se divise en deux parties. Dans la première partie, les limites constantes de l'intervention des acteurs privés vont être exposées, notamment des ONG, au niveau international et les possibilités actuelles d'accès privé à l'OMC (Partie I). Dans la deuxième partie, seront présentées la tendance universelle en faveur de cette intervention et la possibilité de son extension. Ainsi, seront traitées les suites attendues d'une telle évolution dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC (Partie II).

PARTIE I - Des possibilités limitées d'intervention des acteurs privés au niveau international

Les acteurs privés ont très peu de possibilité pour intervenir auprès des juridictions internationales, traditionnellement réticentes à la participation de tiers à l'instance. Les sujets du droit international sont en effet les États, ils en sont à la fois les auteurs et les destinataires. Dans ce contexte, il est difficile d'envisager de façon claire la place consacrée aux acteurs privés dans les litiges internationaux. Privés de personnalité juridique, ils peuvent être représentés par leur État d'origine dans le cadre de la protection diplomatique, ce qui rend possible une réparation des préjudices étatiques qu'ils peuvent avoir subi. Mais ce choix discrétionnaire de la part de l'État implique un épuisement des recours internes et ne constitue pas une garantie pour les acteurs privés. Par ailleurs, ceux-ci peuvent avoir une dimension transnationale et donc des intérêts divergents de l'intérêt national de l'État d'origine. Dans ce cas également, la représentation de leurs intérêts dans les litiges internationaux n'est pas véritablement organisée. En effet, les acteurs privés ne sont pas réellement reconnus par les juridictions internationales (Titre I). Cependant, ils peuvent contribuer au travail de la juridiction de l'OMC par d'autres voies d'accès (Titre II).

TITRE I - La non-reconnaissance des acteurs privés dans le droit international public

A priori, L'État est considéré comme la pierre angulaire et le sujet originaire du droit international dont s'est d'abord adressé à son tour à l'État. Le droit international fut pendant longtemps une émanation de l'État, permettant de définir l'État, ses conditions d'existence et les éléments nécessaires à sa création. En conséquence, auprès des instances juridictionnelles internationales, les personnes privées n'étaient ni prises en compte ni bien accueillies (Chapitre I). Les organisations non-gouvernementales étaient également, malgré l'importance de leur rôle, privées d'intervention, ce qui semble injustifié. Compte tenu des multiples facteurs favorables des ONG, surtout au niveau de la légitimité et de la transparence, une évolution est aujourd'hui perceptible au sein de l'OMC (Chapitre II).

CHAPITRE I - L'ignorance des personnes privées par les instances juridictionnelles

À l'échelle internationale, la question de l'accès dont jouissent les particuliers dans le cadre d'un contentieux risque de ne pas amener à une réponse satisfaisante. Posée dans ces termes, la question est trop réductrice car elle présume que les personnes privées sont semblables et uniformes et n'intéressent pas les différends commerciaux internationaux. Le monopole étatique au niveau des accords et devant les juridictions est tellement présent qu'il est facile d'omettre les intérêts des personnes privées ; il s'agit donc d'une ambiance internationale assez hostile à elles ce qui les rend dépourvues de puissance et des moyens efficaces à cette échelle (Section I). La fermeture à l'égard des personnes privées est aussi ostensible dans les différents accords d'intégration économique régionale (Section II).

Section I - Un contexte international défavorable aux acteurs privés

À l'époque, l'intervention des acteurs privés dans le contentieux international et transnational était vue comme étant une procédure étrangère sur le plan économique. Les textes originaires ne reconnaissaient pas manifestement leur intervention ni leur interdiction de travailler en droit international. Malgré l'acceptation implicite de rares mécanismes comme la participation des tiers dans le règlement des différends, l'intervention des acteurs privés demeurait un sujet polémique qui a pu évoluer dans le temps afin de surmonter de nombreux obstacles⁷⁶.

L'emprunt d'un système du droit interne dans les litiges économiques internationaux témoigne surtout des interactions entre la volonté des acteurs internationaux, l'activité jurisprudentielle et ce que Madame Stern appelle « l'activité législative internationale »⁷⁷.

D'un autre côté, les cours des droits de l'homme, les juridictions pénales internationales ou les tribunaux administratifs internationaux ayant pour objectif de sauvegarder les droits et libertés fondamentaux des individus, dans le cadre d'une compétence obligatoire, se révèlent plus souples quant à la participation des tiers en tant qu'*amicus curiae*. Néanmoins d'autres juridictions peinent à reconnaître cette éventualité ; la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), qui devrait selon ce concept mieux admettre les tentatives de l'intervention amicale, garde toujours une position plutôt nuancée.

Les positions de fermeture ont laissé parfois entrevoir une évolution théorique envisageable, là où les positions d'une véritable ouverture relèvent essentiellement plus de l'intention que de la réalité (paragraphe I). L'existence de l'hostilité envers les personnes privées se trouve manifestement auprès des couloirs des tribunaux arbitraux et internationaux (Paragraphe II).

⁷⁶ MENÉTREY (S.), *L'amicus curiae, Vers un principe de droit international procédural ?*, Univ. Panthéon-Assas, Paris et Univ. Laval Québec, 18 décembre 2008, p. 133.

⁷⁷ STERN (B.), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Revue de l'Arbitrage*, 2007, n° 1, p. 27.

Paragraphe I - L'incapacité des personnes privées encouragée par la théorie de la protection diplomatique

Les limites juridiques de l'accès des personnes privées à l'échelle internationale a rendu obligatoire l'émergence d'une idée visant à optimiser le contenu de la théorie de la protection diplomatique qui traite les différends entre les ressortissants d'un État et un État tiers. Les évolutions politiques et juridiques de ces dernières années ont accompagné les efforts importants en faveur d'une garantie de la protection internationale des droits fondamentaux de la personne humaine. Cette thématique a fait l'objet de plusieurs discussions à l'heure actuelle, au profit des travaux en cours de la CDI concernant ce sujet. L'applicabilité de la théorie dans le régime spécial de la responsabilité des membres de l'OMC reste encadrée et tient compte de la coexistence des préjudices médiat et immédiat de l'État lésé. Pour mieux comprendre cette situation, il convient de présenter le contenu de cette théorie (A) ainsi que ses controverses (B).

A - Le contenu de la théorie classique

L'incapacité juridique des personnes privées et l'insuffisance de la protection des droits de ces dernières sur le plan international ont poussé à l'émergence de la théorie classique relative à la protection diplomatique. Cette théorie, objet de nombreuses études, mérite un examen de ses grands aspects (1) et des modalités de sa mise en œuvre (2).

1 - Les grands aspects de la théorie classique

A priori, seuls les États souverains étaient les vrais acteurs sur la scène internationale car ils jouissaient exclusivement de la personnalité juridique. Si les personnes privées subissaient un préjudice causé par un fait internationalement illicite d'un État tiers autre que le leur, ils se trouvaient naturellement sans une protection adéquate, selon les règles actuelles du droit international général. Pourtant victimes, ces personnes privées étaient dans l'incapacité d'évoquer la responsabilité internationale de l'État agresseur pour se prévaloir d'une réparation car elles ne possédaient pas la personnalité juridique internationale nécessaire⁷⁸. D'autre part, il n'était pas certain que la seule réalisation des dommages à un ressortissant étranger, après une infraction au droit international, crée un fait internationalement illicite qui suffit à remplir les conditions exigées pour engager la responsabilité internationale de l'État auteur de la faute. Les lacunes de la société internationale traditionnelle étaient motivées par

⁷⁸ Une certaine ouverture envers l'invocation de la responsabilité de l'État par les personnes privées était apparue dans la pratique internationale au début du XX^{ème} siècle, mais un retour à l'interétatisme s'est manifesté après la deuxième guerre mondiale. On avait par exemple envisagé de donner aux personnes privées un accès direct à la Cour permanente de justice internationale lors de la rédaction de ses statuts, mais on a finalement écarté cette idée au motif que les personnes privées n'étaient pas des sujets du droit international, que la conduite de négociations diplomatiques entre une personne privée et un État était inconcevable, et qu'aucun État n'accepterait d'être poursuivi par une personne privée devant une juridiction internationale. La pratique internationale antérieure à la deuxième guerre mondiale montrait pourtant une autre réalité, avec notamment les tribunaux créés pour entendre les réclamations découlant de la première guerre mondiale, la Cour de justice centro-américaine qui a existé de 1907 à 1917, et le projet relatif à une cour internationale des prises élaboré en 1907, qui tous penchaient vers la reconnaissance du droit des personnes privées d'invoquer la responsabilité de l'État devant une juridiction internationale (GARCIA AMADOR F. V., « La responsabilité de l'État » (Doc. NU A/CN.4/96), *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. 2, New York, 1956, p. 175). SCHULÉ (D.), *Le droit d'accès des particuliers aux juridictions internationales*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934, pp. 41-55).

la création de l'institution de la protection diplomatique qui est une théorie indispensable en droit international.

De ce fait, la conception de la protection diplomatique constituait alors la base essentielle pour toute étude de l'accroissement des droits et de la position des personnes privées dans le cadre du règlement des différends au niveau économique international⁷⁹. De même, elle renforce la responsabilité internationale étatique dans le cas d'une violation d'un traité en faveur d'autres acteurs sur la scène internationale.

Il convient de noter, que même après l'instauration de la théorie de la protection diplomatique, des faiblesses subsistent toujours pour les opérateurs privés. L'État souverain ne peut voir engager sa responsabilité internationale à l'égard de ses propres ressortissants en raison de préjudices résultant du non respect de ses obligations internationales⁸⁰. Toutefois, cette infraction peut éventuellement engager la responsabilité de l'État en droit interne selon les règles administratives et constitutionnelles. Ainsi, un problème juridique grave apparaît qui consiste à placer un étranger dans une situation différente de celle des nationaux dans le même État. Le caractère discriminatoire de la théorie de la protection diplomatique était indéniablement un facteur qui a contribué au développement des mécanismes internationaux de protection des droits fondamentaux de l'être humain qui n'admettent pas des distinctions selon la nationalité des individus⁸¹.

L'idée fondamentale de la théorie de la protection diplomatique concerne uniquement le cas où il existe un préjudice causé par un État à un individu privé étranger ; or, le fait même d'une violation du droit international cause parfois un préjudice à l'État de nationalité de la personne lésée. En d'autres termes, le préjudice indirect ou médiate amène à transformer le litige entre la personne privée et l'État offensé en un différend international classique impliquant deux sujets acteurs au niveau international. Cette situation conduit à mettre en œuvre les règles du droit international de la responsabilité de l'État. Quand le préjudice

⁷⁹ Il faut noter que la théorie de la protection diplomatique n'a rien à voir avec la protection offerte par un État à son personnel diplomatique ou consulaire fonctionnant à l'étranger. Voir International Law Association, *First Report of the Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property dans Report of the 69th conference*, Londres, Clowes & Sons, 2000, p. 604.

⁸⁰ En effet, cette règle vise les personnes privées qui possèdent une seule nationalité. Le fait d'avoir la double nationalité entraîne de nombreuses complications juridiques, notamment en ce qui concerne l'exercice par un des États de nationalité de la protection diplomatique à l'encontre de l'autre État de nationalité. Si la possibilité d'un tel exercice est attestée par la pratique des États, les conditions dans lesquelles il peut se faire demeurent controversées. Voir Déc. n° A/18 (1984), 5 Iran-US. CTR. 251 (Tribunal des réclamations irano-américaines).

⁸¹ CÔTÉ (C. E.), *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, p. 157.

affecte l'État de nationalité, celui-ci autorise l'utilisation de son propre droit et sa propre réclamation en invoquant la responsabilité de l'État agresseur.

Cette éventualité juridique, surnommée la fiction « vattélienne »⁸², a été adoptée par la Cour permanente de justice internationale dans l'Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, qui expose toujours l'État du droit en la matière : « En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international ».

Cette affaire est considérée comme un nouveau pas vers la reconnaissance du droit de la personne privée à agir contre un État fautif dont il n'est pas ressortissant ; toutefois, il convient de rester prudent car les conditions de l'application de cette théorie sont drastiques et assez exigeantes (2).

2 - Les modalités de la mise en œuvre de la théorie classique

Les modalités de la mise en œuvre de la théorie classique impliquent le respect de certaines règles et conditions impératives par les États et les personnes privées malgré l'existence de nombreuses difficultés d'un point de vue pratique.

Lorsqu'un État souhaite exercer son propre droit, cela amène à deux conséquences juridiques considérables. D'un côté, dans l'hypothèse où l'État subit lui-même le préjudice médiat causé par l'État offensé, il reste totalement libre de présenter une réclamation ou non, ce qui lui permet d'entrer éventuellement en conflit avec l'autre État ou de refuser la protection de son ressortissant. La décision de l'État est délicate car il est obligé d'apprécier l'efficacité de ce moyen juridique dans un contexte large qui tient compte dans le domaine international de l'ensemble des intérêts impliqués et pas seulement des intérêts privés des personnes en cause. Cette situation est fort préjudiciable pour les personnes privées car il est

⁸² Emmerich de Vattel formulait cette fiction, au XVIII^{ème} siècle, dans les mots suivants : « Quiconque traite mal un citoyen, offense indirectement l'État, qui doit protéger ce citoyen. Le souverain de celui-ci doit venger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur pour une entière réparation, ou le punir, puisque autrement le citoyen n'obtiendrait point la grande fin de l'association civile, qui est la sûreté ». VATTEL (E.), *Le droit des gens*, nouvelle éd., vol. 1, Paris, Janet et Cotele, 1820, pp. 290-291.

difficile de convaincre leur État de nationalité de privilégier dans une certaine mesure l'intérêt privé par rapport à l'intérêt public.

Par ailleurs, la Cour internationale de justice a eu l'opportunité de se prononcer sur ce sujet en disant : « L'État possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce. Sa demande n'étant pas identique à celle du particulier ou de la société dont il épouse la cause, l'État jouit d'une liberté d'action totale »⁸³. Cette position confirme donc la préservation de cette liberté en faveur des États, qui sont évidemment entièrement souverains.

Si un État décide d'intervenir, la situation devient avantageuse pour les personnes privées car il va situer le différend dans un cadre plus large de ses relations internationales et du maintien de la paix et de la sécurité internationale. Ainsi, la mise en œuvre de la théorie de la protection diplomatique suppose une certaine politisation du différend⁸⁴. Deuxièmement, l'intervention de l'État peut être plus efficace et mieux prise au sérieux qu'un simple opérateur privé faiblement protégée. De plus, l'application du droit au niveau international révèle les pressions politiques et les moyens de coercitions efficaces que seul un État libre et souverain peut utiliser, vu l'absence d'une force de police mondiale⁸⁵.

L'idée consiste donc à encourager les personnes privées à faire valoir leur droit dans ce contexte international en leur permettant de dresser une réclamation et demander l'aide de leur État d'origine lorsqu'elles sont victimes d'un dommage. L'État, sous réserve de leur appréciation souveraine, a le devoir d'engager la responsabilité internationale de l'État offensé. En l'absence d'un processus interne spécifique déclenchant l'établissement d'une réclamation internationale au ministère des affaires extérieures d'un État, l'interpellation de l'État de nationalité se fait selon la pratique suivie par celui-ci⁸⁶. Quelques États ont déjà

⁸³ Affaire de la Barcelona Traction, paragr. 79. Dans cette affaire, le gouvernement belge souhaitait exercer la protection diplomatique envers des actionnaires belges d'une société canadienne, qui avait prétendument subi des préjudices résultant de la défaillance des organes publics espagnols, pendant la guerre civile qui a touché le pays le siècle dernier. La Cour était saisie d'une exception préliminaire présentée par l'Espagne et a rejeté la qualité de la Belgique pour agir devant elle, au motif que le fait internationalement illicite allégué avait été dirigé contre une société non belge. Effectivement, il revenait au Canada d'exercer la protection diplomatique de la société, souverainement et en toute liberté (en l'espèce, le Canada a renoncé à exercer la protection diplomatique). <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>, consulté le 04/10/2011.

⁸⁴ VISSCHER (C.), *Théories et réalités en droit international public*, 4^{ème} éd., Paris, Pédone, 1970, pp. 299-300.

⁸⁵ Ceci est encore vrai dans le système commercial multilatéral dans lequel la mise en œuvre des décisions de l'ORD se traduit en dernier recours par l'autorisation des contre-mesures économiques que seul l'État membre de l'OMC pourra exercer.

⁸⁶ Il n'existe pas des systèmes spécifiques au Canada pour simplifier la demande de la protection diplomatique réclamée par une personne privée.

formalisé ce processus et dans plusieurs législations, la protection diplomatique des personnes privées est devenue impérative dans le droit interne⁸⁷. Malgré cette obligation prévue dans l'ordre juridique interne, cette avancée n'a pas produit d'effet juridique au niveau international⁸⁸.

Au fil des années, un développement parallèle de cette pratique a été observé ; en effet, des clauses ont été volontairement insérées dans les contrats pour que les personnes privées renoncent à demander la protection diplomatique de leur État de nationalité, dans la situation d'un différend les opposant à l'État avec lequel elles avaient conclu un contrat. Ces clauses constituent malheureusement un pas en arrière et portent le nom d'un juriste argentin « Calvo », contribuant à restreindre les interventions abusives des puissances occidentales dans les affaires intérieures des États latino-américains⁸⁹. Pourtant, leur validité était un sujet controversé, car juridiquement parlant, elles ne produisaient aucun effet juridique à l'échelle internationale, puisqu'aucune personne ne saurait renoncer à un droit dont elle ne jouit pas encore. Mais le droit d'exercer la protection diplomatique appartient en vérité à son État de nationalité⁹⁰ ; par conséquent ces clauses ne sont pas donc valables et sont réputées inexistantes.

En exerçant la protection diplomatique, l'obligation de réparation de l'État offensif n'est pas due à la personne privée victime de l'abus mais plutôt à son État de nationalité. Cette fiction juridique atteint son paroxysme⁹¹, puisque le préjudice subi par la personne privée sert évidemment de repères pour mesurer le préjudice médiat subi par son État. Or, il convient de rappeler que l'État de la nationalité n'est pas, conformément au droit international, obligé d'accepter une forme exacte de réparation. Il s'octroie toute la liberté de choisir la restitution, l'indemnisation ou même la satisfaction et même lorsque l'État touchera une indemnisation financière il ne sera pas forcé de verser cette somme à la personne privée victime. Pourtant, certains États ont élaboré dans leurs procédures internes un mécanisme permettant suite à une

⁸⁷ L'exemple classique et unique est celui de l'article 112 de la Constitution allemande de Weimar de 1919. Une telle obligation serait présente dans la Constitution de la Chine, de la Russie et de certains pays de l'Europe de l'Est, toutefois elle est considérée comme étant un devoir moral plutôt qu'une véritable obligation juridique. (ROUSSEAU (Ch.), *Droit International Public*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1987, p. 116).

⁸⁸ Affaire de la Barcelona Traction, *Op.cit.*, paragr. 78.

⁸⁹ SCHULÉ (D.), *le droit d'accès des particulières aux juridictions internationales*, *op. cit.*, pp. 24-30.

⁹⁰ GARCIA AMADOR (F. V.), « La responsabilité de l'État » (Doc. NU A/CN.4/96), *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. 2, New York, 1956, pp. 207-208.

⁹¹ Car la personne privée est la cause de l'ouverture du litige ; en plus elle n'est pas certaine d'être indemnisé par son propre État.

indemnisation forfaitaire⁹², de remettre aux personnes privées les sommes obtenues en réparation du préjudice. Bien que ces règles internes ne produisent pas d'effets juridiques sur le plan international, cette existence reflète une volonté croissante d'élargir la place des personnes privées dans les règlements des différends internationaux et une application optimale de la théorie de la protection diplomatique.

Les conditions de l'application de la théorie de la protection diplomatique peuvent être regroupées en trois points : le lien de nationalité, l'épuisement des recours internes et les mains propres.

En premier lieu, la nationalité de la personne privée constitue l'élément fondamental de la théorie de la protection diplomatique. D'ailleurs, la conformité aux règles d'attribution de la nationalité des réclamations est exigée quant à la recevabilité de l'invocation de la responsabilité de l'État. Pourtant, l'application sur le terrain et les règles d'attribution de la nationalité peuvent dépasser le cadre *stricto sensu* de la théorie. En fait, les règles d'attribution de la nationalité concernant les personnes morales et mêmes physiques sont nécessaires pour la mise en œuvre de la théorie. En effet, ces normes d'opposabilité de la nationalité aux États sont intéressantes, particulièrement lorsqu'il s'agit des cas de double nationalité, ou dans le cas de sociétés possédées par des personnes ayant des nationalités différentes⁹³.

En deuxième lieu, l'épuisement des recours internes, qui joue un rôle important dans le domaine du droit international, signifie que la personne doit exercer tous les recours efficaces envisageables prévus par le droit interne de l'État offensé avant que son État de nationalité puisse exercer la protection diplomatique contre l'autre État. Cette exigence est stipulée dans la codification de la CDI sur le droit international de la responsabilité de l'État comme étant

⁹² Concernant le Canada, un tel régime interne a été mis en œuvre par le gouvernement fédéral, pour garantir la redistribution des indemnités reçues d'État responsables en droit international. De plus, les personnes privées canadiennes ont l'opportunité de faire valoir leur réclamation auprès d'un organe quasi-judiciaire, appelée la Commission des réclamations étrangères qui est chargée de faire un rapport au gouvernement fédéral sur les suites à leur donner. Bien que ce mécanisme ne donne pas un droit à une indemnisation pour les personnes privées, sa mise en œuvre a servi à neutraliser complètement le caractère discrétionnaire de la décision du gouvernement. ARBOUR (J.-M.), *Droit international public*, 4^{ème} éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2002, p. 540.

⁹³ STERN (B.), « La protection diplomatique des investissements internationaux : de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *JDI*, 1990, p. 897.

une condition de recevabilité de l'engagement de la responsabilité de l'État offensur par l'État de nationalité⁹⁴.

En troisième lieu, la condition d'application de la théorie de la protection diplomatique implique que la personne privée doit avoir les « mains propres », ce qui signifie qu'elle n'a pas contribué à la réalisation du préjudice. Cependant certains auteurs affirment que cette condition n'est pas véritablement autonome⁹⁵, car elle devrait être attachée à la question du lien de causalité entre le préjudice subi et le fait internationalement illégal. Concrètement, la personne privée victime du dommage doit avoir une conduite correcte car quand elle agit mal, elle doit s'attendre à subir un préjudice et par conséquent elle ne pourra pas demander la protection diplomatique.

Malgré ces nombreuses avancées, on distingue des signes de paradoxe dans le système juridique international par rapport aux personnes privées victimes d'un préjudice causé par un État offensur, car même si elles sont au cœur du différend entre les deux États, elles sont totalement absentes au niveau juridique, leur rôle reste donc secondaire voire marginal. De plus et malgré les esprits prometteurs que cette théorie ouvre, plusieurs lacunes ont entravé son application (B).

B - Les controverses de la théorie classique

Indubitablement, l'instauration de la théorie de la protection diplomatique a contribué à l'amélioration de la défense des personnes privées subissant des préjudices étatiques. Cependant plusieurs lacunes ont entravé son application incitant le droit international (1) et la doctrine à proposer des solutions fortes intéressantes (2).

⁹⁴ Article 44B de la CDI sur la responsabilité de l'État.

⁹⁵ ARBOUR (J.-M.), *op.cit.*, pp. 541-542.

1 - Les solutions du droit international répondant aux lacunes de la théorie

Les règles de la théorie de la protection diplomatique sont coutumières, comme les règles du droit international de la responsabilité de l'État, avec lesquelles elles ont des points communs notamment les origines. Cette situation implique qu'elles peuvent de manière valide être altérées par le droit conventionnel. Une telle « *lex specialis* »⁹⁶ est née des mécanismes mis en œuvre afin d'assurer la protection des droits fondamentaux de la personne humaine sur le plan international.

Les développements survenus dans le droit international de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine permettaient de remédier aux lacunes de la théorie de la protection diplomatique, en accroissant la capacité de la personne humaine. D'une part, l'incapacité de la personne privée d'invoquer la responsabilité de l'État étranger lui infligeant un préjudice en violant ses droits fondamentaux prévus par le droit international conventionnel a été surmontée par la création de recours directs effectifs auprès de juridictions internationales⁹⁷. L'État de nationalité ne constitue plus un filtre des réclamations de ses citoyens, ce qui prouve que la violation de ces droits ne saurait désormais être impunie sous prétexte de maintien des bonnes relations entre l'État de nationalité et l'État offensé⁹⁸. Il est réellement choquant que la poursuite des atteintes aux droits fondamentaux de la personne humaine puisse dépendre de considérations politiques externes.

D'autre part, la deuxième incapacité de la personne humaine à l'échelle internationale, qui conduit à une position de non recours face à son propre État de nationalité et qui contredit même la théorie de la protection diplomatique, a été aussi résolue par ces mécanismes, ce qui

⁹⁶ En Latin: *Lex specialis derogat legi generali*, dans la théorie juridique et pratique, est une doctrine interprétative des lois, qui s'applique en droit national et international. Elle déclare qu'une loi régissant une question spécifique (*lex specialis*) prime sur une loi qui régit les questions générales (*lex generalis*).

⁹⁷ Par exemple, les États parties au Protocole facultatif concernant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont reconnu la compétence au Comité des droits de l'homme de l'ONU pour recevoir et examiner les communications fournies des particuliers impliquant une violation de l'un des droits garantis par ledit Pacte. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 *R.T.N.U.* 187, *R.T. Can.* 1976 n°47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) ; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 *R.T.N.U.* 306, *R.T. Can.* 1976 n°47, art. 1 (entrée en vigueur : 23 mars 1976). (STEINER H. J., ALSTON P., *International Human Rights in Context*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2000 aux pp. 738-770, 797-801 et 868-888); (SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de France, 2003).

⁹⁸ CÔTÉ (C. E.), *la participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, *op. cit.*, p. 164.

constitue indéniablement un progrès important pour la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. On a remarqué que sous la théorie de protection diplomatique, la personne privée victime de son propre État de nationalité était complètement dépourvue au plan international, car l'État offenseur est celui censé en principe le défendre, ce qui contredit toute application de la théorie de la protection diplomatique. Les nouveaux mécanismes internationaux de protection des droits fondamentaux de la personne humaine offrent désormais à cette personne la possibilité d'agir contre son propre État de nationalité, ce qui engendre un dépassement de la théorie de la protection diplomatique, pour invoquer la responsabilité de l'État de nationalité et l'inviter à se prononcer devant une juridiction internationale.

La disparition du préjudice dans la définition de la responsabilité de l'État a rendu envisageable un développement considérable, voir nécessaire concernant la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. La violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, ou *erga omnes*, à laquelle peut se rattacher plusieurs droits fondamentaux des personnes, suffirait à justifier le droit de tout État d'invoquer la responsabilité de l'État offenseur à titre d'État autre que lésé, selon la récente codification du droit international adoptée par la CDI⁹⁹. En effet, l'État victime pourrait exiger l'exécution des obligations secondaires de cessation et la garantie de non-répétition des infractions commises, de même que celle de l'obligation secondaire de réparation, uniquement dans l'intérêt « de tous les bénéficiaires nationaux ou étrangers de l'obligation violée », dans l'hypothèse où l'État plaignant ne serait pas lésé. Il s'agit évidemment d'une nouvelle forme de protection diplomatique « anationale » ou humanitaire qui pourrait être exercée en faveur de la personne humaine, par tout État qui lui est étranger, à l'encontre de son propre État de nationalité.

Un débat a émergé ensuite à propos de l'essor de la protection internationale des droits fondamentaux de la personne humaine et ses effets qui vont vider la théorie de la protection diplomatique d'une partie importante de son contenu ou de son utilité¹⁰⁰. Ces conséquences peuvent toucher les garanties applicables au processus judiciaire et font naître de vieilles controverses sur la règle internationale applicable à la condition des étrangers. Par ailleurs, la

⁹⁹ Article 48 (1)b), (2).

¹⁰⁰ PINTO (M.), « De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme », *Revue générale de droit international public*, vol. 106, n° 3, 2002, pp. 531-541.

doctrine a essayé de son coté de proposer des solutions afin d'optimiser l'application de la théorie et aménager certains défauts (2)

2 - Les solutions doctrinales face aux faiblesses de la théorie

La protection des droits fondamentaux des personnes était souvent l'objet de controverses entre plusieurs théories notamment en relation avec la notion de la protection diplomatique. Traditionnellement, la protection diplomatique se limite aux règles secondaires applicables en cas de violation des règles primaires ayant causé un préjudice à une personne privée étrangère, soutenue par la théorie vattélienne, qui encourage l'idée selon laquelle le citoyen donne conventionnellement le droit à son État d'agir en son nom. Cette affirmation a créé plusieurs polémiques puisque certains auteurs invoquent l'hypothèse d'un État qui ne veut pas appliquer des contre mesures si l'État fautif refuse de cesser sa violation des règles internationales et ne répare pas le préjudice subi. Par conséquent, le rôle de l'État reste donc toujours incontournable et son intérêt reste souvent la condition essentielle qui le motive à engager un litige contre un autre État.

En réalité, il existe d'autres controverses sérieuses comme celles accompagnant la règle de l'épuisement des recours internes, relativement à la question de savoir si elle constitue une règle de fond ou une règle de procédure¹⁰¹. Cette question nécessite de savoir si toute violation du droit international pourra permettre l'application de la théorie de la protection diplomatique, ou si seule celle de la norme minimale¹⁰² de traitement le pouvait.

L'inefficacité des recours internes pourrait nous faire redouter un déni de justice, qui serait, à priori, la condition impérative de la naissance de la responsabilité de l'État dans une situation engageant une personne privée. La question n'est pas théorique, puisque le caractère de fond ou de procédure de la règle touche directement et immédiatement le moment où la

¹⁰¹ BENNOUNA (M.), *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, Doc. Off. Commission du droit international, 50^{ème} sess., Doc. NU A/CN.4/484 (1998), au paragr. 491.

¹⁰² La norme minimale est une règle de droit international coutumier selon laquelle l'investisseur étranger doit se voir garantir l'application de normes minimales du système juridique du pays accueillant.

responsabilité de l'État naît, ce qui peut avoir des conséquences importantes sur la détermination de la nationalité de la réclamation¹⁰³.

D'un côté, les promoteurs de la règle du fond expliquent que la règle de l'épuisement des recours internes indique que la responsabilité internationale de l'État¹⁰⁴ n'est pas engagée juridiquement parlant par le préjudice subi par la personne privée tant que le système étatique disposera de la faculté de corriger le fait fautif. Le fait ne produit pas la responsabilité internationale car l'acte ou l'omission de l'État n'est pas suffisant pour mettre en œuvre une telle procédure. En dehors du traité, cela implique que seul le déni de justice, participant de la norme minimale de traitement des étrangers de la coutume internationale, pourrait formellement engager la responsabilité de l'État, car l'inefficacité des voies de recours internes formerait alors un tel problème. La violation d'un traité ne serait pas définitive tant que les organes internes de l'État pourraient toujours l'empêcher juridiquement, en modifiant, voire sanctionnant l'acte ou l'omission d'un autre organe interne. En fait, cette situation nie farouchement l'instantanéité du fait internationalement illicite et exige une certaine temporisation du différend, fondée sur la confiance en l'autorégulation des États en empêchant les violations réciproques du droit international.

De l'autre côté, les supporters de la règle de procédure ajoutent que la règle de l'épuisement des recours internes indique en principe que l'exercice de la protection diplomatique est subordonné à la tentative de la personne privée d'obtenir la réparation elle-même¹⁰⁵, en s'adressant à l'État responsable selon ses règles juridiques internes. À vrai dire, l'engagement de la responsabilité internationale et l'existence du préjudice ne sont pas méconnus ; cependant l'idée consiste à garantir une voie plus efficace et moins coûteuse pour la personne privée afin d'avoir une réparation sur le plan interne. Ce dédommagement serait aussi moins préjudiciable au niveau international, car il évite l'internationalisation du différend par le biais de l'exercice de la protection diplomatique par l'État de nationalité.

Certains éminents auteurs ont adopté une position intermédiaire qui consiste à distinguer entre la violation de la norme minimale de traitement et la violation directe du droit international, selon que le préjudice provient de la violation du droit interne d'une façon ne

¹⁰³ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, Doc. Off. AG NU, 57^e sess, Doc. NU A/57/10, 2002, paragr. 155.

¹⁰⁴ *Ibid.* paragr. 152.

¹⁰⁵ *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, Doc. Off. AG NU, 57^{ème} sess, Doc. NU A/57/10, 2002, paragr. 153.

constituant pas une violation du droit international¹⁰⁶. En effet, la violation du droit interne a besoin de l'existence d'un déni de justice pour que la responsabilité de l'État soit entreprise, ce qui signifie que l'épuisement des recours internes est une condition de fond de la responsabilité. À l'opposé, la violation directe du droit international engagerait instantanément la responsabilité de l'État offenseur et la règle serait alors une condition de forme de la responsabilité.

La première affirmation semble la plus juste et la plus conforme aux principes du droit international relatifs à la responsabilité internationale étatique, objet de la codification par la CDI. Cette préoccupation concerne en priorité le fait internationalement illicite comme élément fondamental de la responsabilité de l'État, plutôt que le préjudice pour la détermination de l'intérêt juridique dans le contentieux de la responsabilité. La règle de l'épuisement des recours internes garantit qu'un fait internationalement illicite a bien eu lieu, elle permet donc d'attribuer la violation du droit international à l'État. Cette théorie semble également compatible avec une conception restreinte de la responsabilité de l'État, dont la responsabilité ne saurait être immédiatement et effectivement engagée en raison des comportements négligents de l'un de ses organes à l'égard d'un ressortissant étranger.

Cependant, des questions demeurent toujours car les solutions proposées par le droit international ne sont pas suffisantes pour l'instant et ne permettent pas d'éviter les positions juridictionnelles et arbitrales qui sont en majorité assez sceptiques quant à l'idée d'accepter l'intervention des personnes privées dans les procédures contentieuses (paragraphe II).

Paragraphe II - L'inaptitude des personnes privées devant les juridictions interétatiques

Le recours devant les juridictions interétatiques est souvent soumis à plusieurs conditions strictes et souvent cumulatives. Les États doivent toujours veiller à présenter un dossier solide pour protéger leurs intérêts et défendre leurs revendications; il n'est donc pas surprenant que les personnes privées soient écartées, au moins en théorie ou pour des raisons pratiques,

¹⁰⁶ *Ibid.* paragr. 154.

comme c'est le cas de la Cour internationale de justice ou du tribunal international du droit de la mer (TIDM)¹⁰⁷. En effet, ils ont adopté une attitude défavorable à tout type d'infiltration des acteurs privés malgré l'émergence de plusieurs réflexions favorisant cette hypothèse (A). Parallèlement, les tribunaux arbitraux ont manifesté une certaine réticence à l'égard de l'intervention des personnes privées, vu la nature et la complexité de la procédure d'arbitrage, traditionnellement opposée à une telle initiative (B).

A - L'hostilité de la Cour Internationale de Justice à l'égard de la participation des acteurs privés

Le rôle principal de la Cour internationale de Justice est de régler les conflits juridiques entre les États, et de se prononcer pour avis sur des questions juridiques exposées à travers les organes et agences internationaux agréés ou par l'Assemblée générale des Nations Unies¹⁰⁸. Elle est l'un des six organes principaux de l'ONU et son seul organe judiciaire, ce qui la rend souveraine dans son ordre juridique. Sa compétence est universelle, puisque tous les membres des Nations unies font parti de son statut.

Elle s'est montrée dès le début réticente à l'immixtion de tout acteur non étatique. Pourtant, les États sont autorisés à émettre des observations très proches du système de dépôt de mémoires d'*amicus curiae* dans le cadre du droit interne. Selon de nombreuses études, l'intervention des États devant la Cour reste modeste¹⁰⁹. Par ailleurs, on observe une sensible dévaluation progressive de la qualité de l'intervenant, pratiquement attaché au rang de simple

¹⁰⁷ Le Tribunal international du droit de la mer est un organe judiciaire indépendant créé par la Convention des Nations unies sur le Droit de la Mer en 1982. Sur les aspects sous-marins, il complète le travail de l'autorité internationale des fonds marins, également sous l'égide de l'ONU.

¹⁰⁸ La Cour internationale de Justice constitue l'organe judiciaire principal des Nations unies. Elle fonctionne conformément à un Statut établi sur la base du Statut de la Cour permanente de Justice internationale et annexé à la Charte des Nations Unies dont il fait partie intégrante.

¹⁰⁹ BASTID (P.), « L'intervention devant les juridictions internationales », in *Revue Politique et Parlementaire*, 1929, pp. 100-114; CHIKIN (C. H.), « Third Party Intervention before the International Court of Justice », *AJIL*, vol. 80, 1986, pp. 495-501; GRIEG (D. W.), « Third Party Rights and Intervention before the International Court of Justice », *Virginia Journal of International Law*, 1992, vol. 32, pp. 285-299 ; SMYRNADES (B.), « L'intervention devant la Cour internationale de justice », *Revue Egyptienne de Droit International*, 1956, vol. 91, pp. 28-40.

amicus curiae qui s'offrirait simplement d'épargner à la Cour, seule garante de l'intégrité de la fonction juridictionnelle, le soin de collecter des informations utiles à cet égard¹¹⁰.

Il convient de rappeler que le Statut de la Cour donne à l'intervention dans son article 62 un aspect assez civiliste en disposant que : « Lorsqu'un État estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause, il peut adresser à la Cour une requête à fin d'intervention »¹¹¹. De même, l'article 63 accorde à l'État une intervention plus conséquente lorsqu'il l'autorise à déposer des observations relatives à l'interprétation d'un traité dans lequel il est signataire et dont l'application est en cause¹¹². Selon cet article, on maintient que l'intérêt de l'État au développement du droit devient manifestement primordial dès qu'il acquiert la qualité de partie dans un traité interprété. À vrai dire, le droit d'intervention ne s'attache certainement pas à l'intérêt général, ni d'ailleurs à l'harmonisation du développement du droit international, mais au contraire aux États qui sont les principaux *amici curiae*, sans aucune reconnaissance évidente des acteurs privés¹¹³.

Dans ce contexte, la position réelle de l'État intervenant demeure difficile à déterminer car il n'est pas considéré effectivement comme une partie mais il reste toutefois lié par son intervention, sans avoir un statut bien défini tout au long de la procédure¹¹⁴. Il est important de souligner les inconvénients tenant à l'absence de cohérence dans la mission de la CIJ et à ses efforts pour maintenir à l'instance son caractère bilatéral qui ne s'adaptent pas nécessairement à la réalité de la société internationale. En effet, il existe deux procédures, l'une est propre au contentieux et l'autre est réservée à la matière consultative, amenant la Cour à améliorer sa manière de réfléchir à ce sujet si essentiel.

¹¹⁰ LAGRANGE (E.), « Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », in RUIZ-FABRI (H.), et SOREL (J-M.), (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p.14.

¹¹¹ MENÉTREY (S.), *L'amicus curiae, Vers un principe de droit international procédural ?*, op. cit., p. 136.

¹¹² Article 63 du Statut de la CIJ: « 1. Lorsqu'il s'agit de l'interprétation d'une convention à laquelle ont participé d'autres États que les parties en litige, le Greffier les avertit sans délai. 2. Chacun d'eux a le droit d'intervenir au procès et, s'il exerce cette faculté, l'interprétation contenue dans la sentence est également obligatoire à son égard ».

¹¹³ DOUSSIS (E.), « Intérêt juridique et intervention devant la Cour internationale de justice », *RGDIP*, 2001, n° 1, p. 58. Il a d'ailleurs été jugé dans l'affaire du Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime que l'intérêt « pour des règles et principes juridiques généraux pouvant être appliqués par la décision » ne justifie pas l'intervention (CIJ, Recueil 1990, p.124).

¹¹⁴ Le juge Treves explique que « la Cour n'a jamais accepté une demande d'intervention en qualité de partie à l'instance », in RUIZ-FABRI (H.), et SOREL (J-M.), (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p.74.

En vertu de l'article 34¹¹⁵ paragraphe 2 du Statut de la CIJ, cette dernière pourra demander, sous certaines conditions intégrées dans le règlement, aux organisations internationales publiques une série de renseignements utiles liés aux affaires dont elle est compétente et même recevoir ces informations lorsqu'elles proviennent simplement de la propre initiative de ces organisations. Il convient de déduire toutefois que seules les organisations intergouvernementales sont clairement visées par cette disposition¹¹⁶, ce qui signifie que le statut n'a pas permis d'interpréter cette éventualité pour des ONG qui souhaitent soumettre des mémoires d'*amici curiae*¹¹⁷. En fait, la Cour n'a pas usé de son pouvoir d'interprétation pour s'accorder la capacité d'accueillir ou d'écarter les demandes de participation déposées par des acteurs non-étatiques¹¹⁸. Cette attitude de la cour à l'égard de la fermeture de l'intervention des acteurs reste assez critiquable et inadaptée ; on espère donc plus d'ouverture d'esprit et une souplesse plus accrue de ce mécanisme.

Concernant la procédure consultative, l'article 66 par. 2 du Statut de la Cour autorise la contribution de « tout État admis à ester devant la Cour et de toute organisation internationale qui sont susceptibles de fournir des renseignements sur la question ». Par ailleurs, l'article 34, par. 2, emploie l'expression « organisation internationale » et non celle « d'organisation internationale publique ». Ainsi, il en résulte que la Cour pourra accueillir d'une manière ou d'une autre des renseignements fournis par des ONG. Mais cette acceptation demeure toujours exceptionnelle et ne reflète en aucun cas une vraie ouverture vers les acteurs privés. À titre d'exemple, la ligue internationale des Droits de l'Homme a pu déposer un mémoire d'*amicus curiae* dans l'affaire du Sud Ouest Africain qui n'a pas, malgré cette avancé si

¹¹⁵ L'article 34 du Statut de la CIJ prévoit que « 1. Seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant la Cour. 2. Selon les conditions prévues par le règlement, la cour pourra solliciter des organisations internationales publiques tous les renseignements relatifs aux affaires qui lui sont soumises, et également les recevoir même si ils émanent spontanément de ces dernières.

3. Lorsque l'interprétation de l'acte constitutif d'une organisation internationale publique ou celle d'une convention internationale adoptée en vertu de cet acte est mise en question dans une affaire soumise à la Cour, le Greffier en avise cette organisation et lui communique toute la procédure écrite ».

¹¹⁶ L'article 69 par. 4 du règlement de la Cour qui est le pendant de l'article 34 par.2 du Statut définit l'expression « organisations internationales publiques » comme des organisations internationales d'États, en d'autres termes des organisations intergouvernementales (CHINKIN C. et McKENZIE R., « Intergovernmental Organizations as Friends of the Court », in BOISSON et CHAZOURES, dir., *International Organizations and International Disput Settlement : Trends and Prospects*, Transnational, 2002, pp. 135-162).

¹¹⁷ La Cour a rejeté la demande de participation sur le fondement de l'article 34 par. 2 déposée par l'International League for the Rights of Mans dans l'affaire Droit d'asile, (ICJ pleadings, vol. II, p.227). VALENCIA-OSPINA (E.), « Non-Governmental Organizations and the International Court of Justice », in TREVES (T.), dir., *Civil Society International Courts and Compliance Bodies*, La Haye, TMC Asser Press, 2005, pp. 227-232.

¹¹⁸ De plus, la CIJ a toujours refusé d'interpréter l'article 50 de son Statut qui lui permet de « confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix » comme permettant à des tiers de participer au mécanisme juridictionnel. Au contraire, l'Organe d'appel de l'OMC s'est appuyé sur l'article 13 du MARD dont le contenu est quasi-identique pour admettre des mémoires d'*amici curiae*.

espérée, été adopté¹¹⁹. Selon le registre de la CIJ, l'acceptation d'un *amicus curiae* en 1950 à l'occasion de l'avis portant sur le Sud Ouest Africain ne pouvait pas être reconnue comme un précédent¹²⁰. Suivant la même logique et à propos de l'avis sur la Namibie, le mémoire d'*amicus curiae* de la même organisation ainsi que celui du Professeur Reiman furent rejetés.

Plus tard, la CIJ a manifesté un désintérêt presque total à l'égard de la réception des informations soumises par une ONG. M. H. Acsensio estime, en effet, que les avis sur la licéité de l'utilisation d'armes nucléaires dans les conflits armés et la légalité de la menace de l'utilisation de l'arme nucléaire ont conduit à une transformation de cette pratique de fermeture¹²¹. De plus, il souligne que « le recours à l'*amicus curiae* pourrait [...] être beaucoup plus développé sans soulever de difficultés juridiques particulières pour peu que la Cour souhaite s'engager dans une telle politique »¹²². Hélas, il ne semble pas qu'un tel revirement soit le souhait de la cour. Evidemment, le contentieux devant cette institution demeure un lieu peu propice, voire hostile, au dépôt d'observations de tiers privés de la qualité d'*amicus curiae*¹²³; par conséquent, la position de fermeture de la CIJ risque de perdurer tant que sa juridiction sera fondamentalement consensuelle et facultative.

Cette situation est similaire à celle vécue dans les tribunaux arbitraux qui ne sont pas, à leur tour, facilement accessibles pour les personnes privées souhaitant s'immiscer dans un litige (B).

¹¹⁹ 1950, ICJ Reports 130, (MENÉTREY S., *L'amicus curiae, Vers un principe de droit international procédural ?*, Univ. Panthéon-Assas, Paris et Univ. Laval Québec, 18 décembre 2008, p. 138).

¹²⁰ « The Court Would be unwilling to open the floodgates to what might be a vast amount of proffered assistance », ROSENNE (S.), *The Law and practice of the International Court, 1920-1996*, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, vol. III, p. 1745.

¹²¹ Si la Cour a effectivement reçu un grand nombre de documents et de renseignements rédigés ou collectés par des ONG, elle n'en a fait aucune mention. Sauf à considérer comme telle la lettre adressée par l'auteur à l'International Herald Tribune pour répondre à un article indiquant que the Federation of American Scientists avait déposé un mémoire d'*amicus curiae* devant la CIJ et qui indique « contrary to the impression that may have been given the amicus brief has been received by the Court but has not been admitted as part of the record in those cases ». Lettres to the Editor, *International Herald Tribune*, 15 November 1995, mentionnée par VALENCIA-OSPINA (E.), « Non-Governmental Organizations and the International Court of Justice », in TREVES (T.), dir., *Civil Society International Courts and Compliance Bodies*, La Haye, TMC Asser Press, 2005, p. 231.

¹²² ASCENSIO (H.), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, vol. 105, n° 4, p. 906.

¹²³ « Notons que les ONG elles-mêmes à l'exception de quelques affaires n'ont pas cherché à exercer de pressions afin d'être acceptées en qualité d'*amicus curiae* devant la CIJ tandis qu'elles sont très revendicatives devant d'autres mécanismes internationaux de règlement des différends. Le décalage entre cette relative timidité et l'activisme pour se faire admettre comme *amicus curiae* devant les juridictions statuant sur les questions pénales, de droits de l'homme ou de commerce international mérite d'être souligné (MENÉTREY S., *L'amicus curiae, Vers un principe de droit international procédural ?*, op. cit., p. 139).

B - L'irrecevabilité de la demande des personnes privées devant les tribunaux arbitraux

L'arbitrage est un moyen alternatif de résolution des conflits, dans lequel un arbitre intervient, souvent en vertu d'un accord ou d'un contrat, pour prendre des décisions juridiques qui engagent les deux parties¹²⁴ demanderesse de ses services. L'arbitrage est donc fondé sur le consentement des parties¹²⁵, il peut être considéré comme un prolongement du contrat entre les parties en cas de litige ou comme un contrat lui-même¹²⁶. En général, un tribunal arbitral est composé d'un ou plusieurs arbitres. Dans le cadre de cette procédure, l'arbitre est un véritable juge dont la décision s'impose aux plaideurs.

Il s'agit d'un mode non étatique de règlement des litiges, très utilisé en matière commerciale car il offre plusieurs avantages comme la rapidité de la procédure ou aussi la souplesse de ses règles. Par principe, l'arbitrage exclut généralement les tiers même si la complexité des questions posées, le croisement et la connexité des contentieux, la technicité croissante des dispositions impératives et l'émergence d'un ordre public international demandent leur participation. Classiquement donc, il exclut les tiers, ce qui est vu comme une des raisons de sa réussite. En effet, les parties désirent soulever et régler leurs litiges loin des regards indiscrets et veulent que les procédures se déroulent dans un climat caractérisé par le secret des interférences et le huis clos¹²⁷. Ces procédures ont un effet relatif aux parties contractantes et l'intervention de tierce demeure indésirable¹²⁸. Cette politique de l'exclusion reste toujours très présente sauf en matière d'investissement.

¹²⁴ Dans notre raisonnement, on s'intéresse en priorité aux arbitrages qui impliquent des États.

¹²⁵ « L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs personnes en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confié par celles-ci » (JARROSSON CH., *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, p. 372.).

¹²⁶ N'étant pas obligatoire par principe et devant être admise par toutes les parties, on retrouve l'intervention devant les tribunaux arbitraux qui englobe le même risque de « fuite » en défaveur des parties si tel tribunal accueille des amici curiae contre la volonté de certaines parties et non pas contre d'autres. En autorisant la participation de tiers, le tribunal arbitral évaluera ce qu'il va gagner ou ce qu'il va perdre dans le jeu concurrentiel qui existe entre les différentes places d'arbitrage (LA PRADELLE G., « La société civile internationale et l'accès au contentieux international », in GHERARI H., et SZUREK S., dir., *L'émergence de la Société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Actes du colloque du CEDIN des 2 et 3 mars 2001, Paris, PEDONE, pp. 125-139, p. 135) .

¹²⁷ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 142.

¹²⁸ MOURRÉ (A.), « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gaz. Pal.* n° 119, 29 avril 2001 pp. 21-25.

L'auteur Patrice Level précise dans son article que « la source contractuelle de l'arbitrage limite le pouvoir – et pour un litige donné- la compétence de l'arbitre aux seuls litiges visés par la convention d'arbitrage et concernant les seuls personnes physiques ou morales parties à cette convention. C'est-à-dire qu'un tiers à la convention d'arbitrage, fut-il intéressé au contrat litigieux ou plus précisément au litige ou aux conséquences des solutions qui peuvent lui être apportées ne peut intervenir dans un procès soumis à des arbitres à l'investiture desquels il n'a pas été convié, hormis le cas où les parties en litige et le tiers consentent tous à cette intervention et que le tribunal arbitral ne s'y oppose pas »¹²⁹.

La conception restreinte de l'arbitrage se limite à l'instauration d'un mode de règlement des différends sans toute sa dimension juridictionnelle. La doctrine traditionnelle se montre hostile à l'idée d'accepter des tiers dérangeants qui portent volontairement atteinte au caractère contractuel de la procédure¹³⁰. Elle invoque également les obstacles des arbitrages multipartites quant à la composition du tribunal ou à l'égalité des parties¹³¹. La participation des acteurs privés dans le cadre du processus de l'arbitrage n'est pas séduisante¹³², bien qu'elle se manifeste en des termes différents parce que le tiers privé ne veut pas être admis comme partie au contrat ou à l'arbitrage, mais seulement être considéré comme un éclairer pour le tribunal dans un contexte plus général dans lequel ceux-ci s'inscrivent. L'arbitrage, qui dispose d'un lourd fondement contractuel, serait vu « par essence rebelle à ce type de pratique »¹³³.

La réticence exprimée par certains auteurs à l'égard de la participation d'*amicus curiae* sous l'égide de l'arbitrage est avant tout évidemment préventive. En dehors des arbitrages en matière d'investissement, la participation d'*amicus curiae*¹³⁴ n'est pas encore posée. C. Nisser et G. Blanke se sont montrés dès le départ favorables à la participation en qualité d'*amicus*

¹²⁹ LEVEL (P.), « La jonction de procédures, intervention de tiers et demandes additionnelles et reconventionnelles », *Bulletin de la cour internationale de l'arbitrage de la CCI*, vol. 7, n° 2, 1996, p. 37.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 39.

¹³¹ GRAVEL (S.), « Arbitrage multipartite et pluralité d'arbitrages », *Bulletin de la cour internationale de l'arbitrage de la CCI*, 1996, n° 2, p. 45.

¹³² Mêmes les arbitres se montrent réticents à l'égard de la participation de tiers en tant qu'*amicus curiae* et à l'idée d'adopter un tel mécanisme dans la procédure arbitrale. Les praticiens de l'arbitrage se montrent mécontents quant à la participation des tiers, à cause de la confidentialité de ce mode de règlement des différends et aussi pour ne pas accorder trop d'importance à la notion de jurisprudence arbitrale (Discussions lors du colloque des jeunes praticiens de l'arbitrage à Genève le 26 mars 2004 et discussions avec P. Tercier Président de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI).

¹³³ BERNHEIM (L.), « La pratique uniforme de l'arbitrage commercial international, mythe ou réalité ? », *Rev. Arb.*, n° 2, avril 2004, p. 493.

¹³⁴ L'expression *amicus curiae* est d'autant plus mal choisie pour décrire la participation de tiers à l'arbitrage qu'il « n'y a pas de Cour et qu'ils n'en sont pas les amis », (PRUJINER A., « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Rev. Arb.*, 2005, n° 1, p. 86).

curiae de la Commission européenne dans les procédures arbitrales en droit de la concurrence malgré le silence du Règlement 1/2003¹³⁵. Par ailleurs, les deux auteurs proposent de limiter les conditions dans lesquelles la Commission européenne disposerait du droit d'intervenir dans des procédures arbitrales en relation avec le droit de la concurrence communautaire¹³⁶. Cette proposition, qui a fait l'objet d'une polémique au sein de la Task Force sur l'arbitrage et le droit de la concurrence constituée au sein de la Commission internationale de l'arbitrage de la CCI, n'a finalement pas été retenue, affirmant la méfiance des arbitres à autoriser une participation extérieure.

De même, A. Mourré¹³⁷ estime que le projet de Nisser/Blanke est inutile, voire risqué¹³⁸. Il se demande si sa volonté est de judiciaireiser l'arbitrage en lui octroyant des règles spécifiques au contentieux interétatique et de « communautariser le droit de l'arbitrage en Europe, fragmentant ainsi le droit international de l'arbitrage »¹³⁹. La critique concerne notamment l'autonomie de la procédure arbitrale qui empêche toute possibilité de réflexion concernant l'opportunité d'autoriser les *amici curiae*¹⁴⁰ dans les tribunaux arbitraux sans laisser à la Commission le pouvoir d'assister l'arbitre dans son office et ainsi éviter une mise en œuvre faussée du droit communautaire¹⁴¹. En appliquant les principes généraux de l'arbitrage, A. Mourré conteste que les institutions d'arbitrage et les arbitres se permettent d'organiser les modalités de l'intervention de la Commission dans le cadre de l'*amicus curiae*¹⁴². L'avis d'A.

¹³⁵ NISSER (C.), BLANKE (G.), « Reflections on the role of the European Commission as Amicus Curiae in International Arbitration proceedings », *European Competition Law Review*, 2006, vol. 27, Issue 4, 2006, pp. 174-179.

¹³⁶ Le projet Nisser/Blanke prévoit les informations qui doivent être communiquées à la Commission et réserve à cette dernière le droit de demander des précisions additionnelles. Dans l'intérêt public communautaire et afin de remplir son rôle d'autorité garante de la concurrence, la Commission peut participer aux audiences et apporter toutes les informations qu'elle juge utiles. Inversement, le tribunal arbitral peut demander l'assistance de la Commission lorsqu'il est confronté à une difficulté. Le projet indique les droits et obligations de la Commission en qualité d'*amicus curiae* et notamment son obligation de respecter la confidentialité. Par. 21 à 48 des « ICC Draft Best Practice Note on the European Commission Acting as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings » reproduits in *European Business Law Review*, 2008, p. 198.

¹³⁷ A. Mourré est membre de la Commission internationale de l'arbitrage et de la Commission internationale de la concurrence de la CCI.

¹³⁸ MOURRÉ (A.), « Projet de lignes directrices sur la Commission européenne intervenant en tant qu'*amicus curiae* dans les procédures d'arbitrage international : Opinion dissidente sur un projet inutile et dangereux (à propos de l'intervention de la Commission comme *Amicus curiae* dans les procédures arbitrales) », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007, vol. 12, pp. 158-164.

¹³⁹ *Ibid.*, par. 5.

¹⁴⁰ Malgré cela, il n'exclut pas qu'un tribunal arbitral ait le pouvoir de demander des informations à la Commission.

¹⁴¹ KOMONINOS (A.), « Assistance to Arbitral Tribunal in the application of EC Competition law », in EHLERMANN (C. D.), ATANASIU (I.), dir., *European Competition Law Annual 2001 : Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2003, pp. 363-385.

¹⁴² « Faut-il vraiment, alors, se montrer plus royalistes que le roi, et introduire des règles nouvelles là où la Commission, le fait est assez rare pour être salué, a eu la sagesse de ne pas intervenir ? Appartient-il vraiment à une institution arbitrale comme la CCI de se faire l'avocat d'une plus grande soumission des arbitres aux

Mourré n'est pas en conformité avec la réalité, notamment face au mouvement d'ouverture des procédures arbitrales débuté par les tribunaux arbitraux soumis à des litiges relatifs aux investissements.

Le domaine de l'investissement présente des caractéristiques multiples qui amènent à s'interroger sur sa nature juridique et son rapport avec l'arbitrage conventionnel¹⁴³. Dans ce domaine, ce type d'arbitrage se transforme *ipso facto* en un arbitrage « unilatéral » dominé par l'inexistence de lien contractuel ordinaire¹⁴⁴. Alors que l'arbitrage classique est fondé nécessairement sur le consentement mutuel des parties manifestées par une convention d'arbitrage qui peut prendre la forme d'un contrat ou d'une clause contractuelle, les tribunaux arbitraux en charge d'investissement acceptent volontiers une conception du consentement plus large et plus moderne, un accord de volontés s'exprimant dans deux instruments différents et de manière différenciée¹⁴⁵.

Cette nouveauté mérite d'être approfondie. En premier lieu, un État s'engage dans des traités bilatéraux d'investissement (TBI) à recourir obligatoirement à l'arbitrage dans l'hypothèse d'un litige qui pourra l'opposer à un investisseur ressortissant de l'État cosignataire du traité. En second lieu, tout investisseur actif sur le territoire de l'État d'accueil peut bénéficier des offres générales, permanentes et non individualisées d'arbitrage soit en exprimant explicitement son intention, soit en saisissant directement un centre d'arbitrage afin de constituer un tribunal¹⁴⁶. Il convient donc d'en déduire que l'argument fondé sur la nature contractuelle de l'arbitrage pour refuser l'intervention de tiers auprès des tribunaux arbitraux n'est plus recevable dans le domaine de l'investissement, ce qui montre qu'il est possible d'espérer que cette conception soit étendue à d'autres domaines.

Cet espoir, bien qu'encourageant reste quand même relatif, surtout lorsqu'on observe une certaine méfiance des traités d'intégration économique vis-à-vis des opérateurs privés malgré

exigences du droit communautaire, et d'un contrôle plus strict de sentences ? Personnellement, je ne le crois pas », MOURRÉ (A.), *Op.cit.* par. 8.

¹⁴³ PRUJINER (A.), « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *op. cit.*, pp. 63-70.

¹⁴⁴ C'est ce que la doctrine qualifie d'arbitrage « *Without privity* », (PAULSON J., « Arbitration Without privity », *ICSID*, vol. 2, 1995, pp. 232-257).

¹⁴⁵ Cela signifie qu'il existe maintenant plusieurs types de contrats d'État à État ou d'État à investisseur.

¹⁴⁶ Les arbitres reconnaissent leur compétence même en l'absence de clause d'arbitrage directement conclue entre les parties sur la base d'acceptation par l'investisseur d'une offre générale et impersonnelle faite par l'État de recourir à l'arbitrage en cas de litige avec un investisseur étranger. Il y a bien accord des parties puisque l'État consent dans un Traité d'investissement à recourir à l'arbitrage et que l'investisseur saisit sur ce fondement un arbitre en cas de litige, mais ce consentement est dissocié dans le temps et dans l'espace. (MENÉTREY S., *L'amicus curiae, Vers un principe de droit international procédural ?*, *op. cit.*, p. 145).

les évolutions juridiques et politiques considérables obtenues ces dernières années (Section II).

Section II - La fermeture à l'égard des personnes privées dans les traités d'intégration économique régionale

Traditionnellement, les traités d'intégration économique se préoccupent d'encadrer les activités économiques dans la région de manière à améliorer la coopération et faciliter le rapprochement des législations applicables. Ils sont donc destinés à gérer les relations entre États pour servir les intérêts publics communs. Les personnes privées peinent à trouver une place dans ces accords comme c'est le cas en Europe (Paragraphe I) et en Amérique du nord (Paragraphe II).

Paragraphe I - L'attitude ambiguë devant les juridictions communautaires

Pendant longtemps, l'attitude de fermeture était dominante dans les pratiques arbitrales, expliquée notamment par l'attachement des parties à faire respecter leurs propres choix exclusivement, à l'abri des tiers. Cela est valable pour les juridictions communautaires et principalement la Cour de Justice des Communautés européennes, dont le refus d'accepter de manière claire la participation d'acteurs privés en qualité d'*amicus curiae* est délicat à comprendre voire à justifier.

Les interrogations faites de la part des acteurs privés sont, au contraire des États et des Institutions des Communautés (A), ignorées devant les juridictions communautaires. À propos des personnes privées, la Cour de justice de la Communauté européenne (CJCE) a développé une jurisprudence concernant l'intervention des associations représentatives (B) qui remplace l'absence d'*amicus curiae*, sans trouver toutefois une façon de s'y substituer.

A - Les observations amicales déposées par les États et les institutions Communautaires

L'analyse du statut de la Cour de Justice a fait apparaître l'absence de toute possibilité pour des opérateurs privés de soumettre des observations dans le cadre de l'*amicus curiae*¹⁴⁷. Néanmoins, les États membres et la Commission européenne ont la possibilité dans les renvois préjudiciels d'émettre des observations qui, bien qu'elles ne soient pas désignées comme tels, restent assez similaires aux mémoires d'*amici curiae*. Au fond, l'article 234 du Traité CE dispose que toute juridiction nationale confrontée à des questions d'interprétation ou de validité du droit européen peut effectuer un renvoi vers la CJCE. La décision de renvoi est évidemment notifiée aux parties du litige au principal et aux États membres, à la Commission, au Conseil en cas de nécessité, au Parlement ou aussi à la Banque centrale européenne.

L'article 234 al. 2 du Statut de la Cour¹⁴⁸ indique que dans un délai de deux mois à partir de la notification de la question préjudicielle par le greffe de la Cour aux parties, les États membres et les institutions européennes potentiellement intéressées « ont le droit de déposer devant la Cour des observations écrites ». Les États membres et les institutions, notamment la Commission, y ont souvent recours. Ainsi, la Commission y participe systématiquement et les États souvent régulièrement. La France a multiplié ses observations pendant cinq ans, entre 1990 et 1995¹⁴⁹. En pratique, les États membres jouent un rôle essentiel devant la Cour de justice dans le but de développer le droit communautaire¹⁵⁰, parfois en cherchant à orienter celui-ci vers leurs propres intérêts et ils ne rataient pas l'opportunité de contester l'application des actes communautaires auxquels ils n'ont pu s'opposer pendant leur l'adoption¹⁵¹.

¹⁴⁷ L'article 234 du traité CE a été modifié après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne ; le recours préjudiciel est maintenant incorporé à l'article 19 du TUE. Voir site http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_16727/extraits-des-traites consulté le 14/08/2011.

¹⁴⁸ http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_FR.pdf.

¹⁴⁹ La France est l'État qui a soumis le plus d'observations entre 1995 et 2000. « The recent French burst of activity is the translation into practice of a strong policy decision to be more influential in European decision making for a, to be achieved by taking position on every issue ». (GRANGER M. P., « When Governments go to Luxembourg...: The influence of Governments on the Court of Justice », *European Law Review*, vol. 29, 2004, p. 14).

¹⁵⁰ Le développement de la participation des États à la prise de décision de la Cour réside dans le « greater acknowledgment of the Court's integrative role and law-making powers, together with a better understanding of the nature of judicial decision-making », *Ibid.* p. 9.

¹⁵¹ Le fait que l'influence de certains gouvernements sur la négociation des traités et plus généralement sur l'adoption de la législation communautaire est médiocre et risque aussi de s'accroître avec l'élargissement, prédit

Grâce à ces interventions étatiques et spécialement de l'Avocat général, la Cour dispose d'un moyen efficace pour connaître l'avis du public. Dans le cas contraire, elle ne pourrait que présumer du caractère représentatif de la situation qui lui est soumise¹⁵². De ce fait, certains auteurs considèrent le dépôt d'observations par les États comme étant une sorte d'intervention *d'amicus curiae*¹⁵³. Selon C. Harlow, « Le style et la multiplicité de ces communications commencent à ressembler aux mémoires *d'amicus curiae* de la Cour Suprême, à la différence significative que, sur la surface au moins, rien ne provient de parties privées »¹⁵⁴.

Monsieur Granger va plus loin en présentant son opinion encourageant ce genre de participation : « On ne peut pas sous-estimer l'importance du rôle informatif des gouvernements agissant en tant que *amicus curiae* dans les procédures de l'Article 234 de la CE. Il ajoute aussi: « En fournissant des informations juridiques et factuelles qui seront autrement difficile pour les juges à obtenir, ils contribuent sans doute à la nature éclairée des décisions judiciaires au niveau européen. En outre, Par ailleurs, en alertant les juges sur les conséquences possibles et les implications des alternatives de solutions légales, ils les aider à mettre leur prise de décision dans son contexte, ce qui affecte la légitimité sociale de la Cour. En outre, la mise en forme juridique des préoccupations de politique « Policy » par les gouvernements peut être utile pour la Cour quand elle cherche à justifier en termes juridiques une position motivée par des préoccupations politiques « Policy », d'une manière qui contribue à préserver la crédibilité de la Cour dans les contextes juridiques »¹⁵⁵.

De fait, le sujet de la participation des États membres dans le cadre des questions préjudicielles posées à la Cour de justice des Communautés européennes poursuit les mêmes objectifs et révèle des enjeux similaires à ceux des groupements d'intérêts devant les cours suprêmes nord-américaines. Concrètement, ils œuvrent à attirer l'attention de la Cour à

un plus important avenir à la participation des États membres en qualité d'*amicus curiae* devant la Cour de Justice (MENÉTREY (S.), *L'amicus curiae, Vers un principe de droit international procédural ?*, op. cit., p. 146).

¹⁵² de SCHUTTER (O.), « Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne », in RUIZ FABRI (H.) et SOREL (J. M.), dir., *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p. 92.

¹⁵³ « Les États-membres ont un rôle actif à jouer puisqu'ils peuvent présenter des observations dans une instance pendante devant la Cour de justice selon une procédure proche de l'*amicus curiae* », JCL Europe Traité, fasc. 3103, n° 8.

¹⁵⁴ Traduit par nos soins: « both the style and the multiplicity of these submissions begins to resemble Supreme Court amicus briefs with the significant difference that, on the surface at least, none come from private parties », (HARLOW C., « Towards a Theory of Access for the European Court of Justice », *YEL*, vol. 12, 1992, p. 221.

¹⁵⁵ GRANGER (M. P.), « When Governments go to Luxembourg...: The influence of Governments on the Court of Justice », op. cit., p. 29.

propos des effets de sa décision et à faire valoir leurs propres intérêts. La participation de la commission européenne est également considérée comme étant une procédure d'*amicus curiae* : « La Commission a cherché à se tailler pour elle-même un rôle d'intérêt public devant la Cour; se positionnant comme désintéressée, elle est largement et correctement considérée comme un allié de la stratégie intégrationniste de la Cour »¹⁵⁶.

D'après les traités, la Commission est considérée comme la gardienne de la bonne application du droit dans l'Union, elle est également la porteuse d'intérêts particuliers et le moteur de l'intégration européenne ; cependant son rôle n'empêche pas sa qualité d'*amicus curiae*¹⁵⁷. Selon les textes, son rôle est bien défini ; elle n'est ni juge ni partie dans les litiges présentés. Cette institution s'est transformée en un interlocuteur objectif très utile et très efficace lorsqu'elle fait valoir des arguments qui n'ont été invoqués par aucun des acteurs de la procédure¹⁵⁸. Elle donne également son opinion sur le contexte général de l'affaire tout en s'efforçant de préserver évidemment les intérêts fondamentaux de l'Union¹⁵⁹.

Cette similitude invoquée par certains auteurs entre l'intervention de la commission européenne et la procédure de l'*amicus curiae* est certes envisageable ; toutefois, il convient de ne pas trop espérer d'une telle relation ; en effet, un examen approfondi du droit de l'Union permet de révéler un certain nombre de différences entre les deux pratiques, ajoutant à cela que le droit primaire ne parle jamais de l'*amicus curiae* ; l'action de la commission n'est autre qu'une mise en œuvre de son rôle d'exécutif dans un cadre juridique et politique caractérisé par une recherche permanente d'un juste équilibre des institutions communautaires.

La possibilité ouverte aux États membres et à la Commission européenne d'émettre des observations ne peut donc pas être considérée comme une intervention des personnes privées. Il convient cependant de ne pas surestimer l'accueil prometteur des institutions européennes

¹⁵⁶ Traduit par nos soins: « The Commission has sought to carve out for itself a public interest role before the Court; placing itself as disinterested it is widely and correctly viewed as an ally of the Court's integrationist strategy », (HARLOW C., « Towards a Theory of Access for the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 222).

¹⁵⁷ D'après J. Pertek, la qualification d'*amicus curiae* de la Commission « semble approximative et peut être trompeuse », dans la mesure où « le point de vue exprimé dans les observations présentées peut difficilement être détaché de la place occupée par l'institution dans l'élaboration de l'acte, qui rapproche plutôt d'une partie ». Cette pratique est fondée sur l'idée selon laquelle l'*amicus curiae* est une lumière neutre et objective alors que comme nous l'avons observé le caractère partisan de l'*amicus curiae* devant la Cour Suprême des États-Unis ne le prive pas de sa qualification. (JCL Europe Traité, fasc 231 Les institutions communautaires, la Commission, pouvoirs. IV La participation au contrôle juridictionnel, n°14).

¹⁵⁸ C. Harlow ajoute une autre possibilité de réagir pour la Commission : « the Commission may on occasion act also as public advocate in a different sense, by representing positions which would be otherwise go unheard », (HARLOW C., « Towards a Theory of Access for the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 223).

¹⁵⁹ STEIN (E.), « Lawyers, judges and the making of a transnational constitution », *AJIL*, 1981, vol. 75, pp. 1-2.

vis-à-vis des vraies personnes privées malgré les avancées considérables dans le cadre de l'intervention des associations (B).

B - L'intervention des associations représentatives

Les questions préjudicielles contenant des observations formulées par les États, les institutions, les opérateurs privés parties (qui ont provoqués la question), peuvent s'ajouter aux moyens de l'article 40 du Statut de la Cour qui offre une autre voie d'intervention¹⁶⁰. En effet, ce texte permet également l'intervention, dans le cadre de la procédure des recours directs, de toute personne privée, des États membres, des institutions des Communautés, selon des conditions souples pour les États et les institutions (plein droit), et à l'opposé plus rigides pour les opérateurs privés qui doivent démontrer un intérêt juridique pour rejoindre le procès. Désormais, ces nouveaux intervenants acquièrent le statut de partie, ce qui est différent par rapport à la participation dans le cadre de l'*amicus curiae*¹⁶¹. Cette tendance doit être amplifiée car la définition de l'intérêt capable de justifier leur intervention englobe l'intérêt collectif et, par conséquent, la jurisprudence doit se montrer plus favorable aux demandes d'interventions émanant des organisations de la société civile.

Depuis l'affaire Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes, la Cour a montré une certaine souplesse à propos de l'admission des demandes d'intervention formées par les organisations de la société civile¹⁶². De ce fait, la Cour a bâti ce qu'elle appelle une

¹⁶⁰ Article 40 du statut de la Cour de justice de la communauté européenne (CJCE), « Les États membres et les institutions des Communautés peuvent intervenir aux litiges soumis à la Cour. Le même droit appartient à toute autre personne justifiant d'un intérêt à la solution d'un litige soumis à la Cour, à l'exclusion des litiges entre États membres, entre institutions des Communautés ou entre États membres, d'une part, et institutions des Communautés, d'autre part ».

¹⁶¹ L'article 40 du Statut dispose que les personnes ne peuvent intervenir que dans les recours introduits par des particuliers à l'exclusion des litiges institutionnels, et toujours au soutien des conclusions de l'une des parties et que, contrairement aux intervenants privilégiés, elles doivent justifier d'un intérêt à la solution du litige.

¹⁶² Ordonnance de la Cour du 24 octobre 1962, Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes, Fédération nationale des producteurs de fruits, Fédération nationale des producteurs de légumes c. Conseil de la Communauté économique européenne, Aff. Jointes 16/62 et 17/62, Rec. 1962, p. 937. Ce litige était la première affaire soumise à la CJCE introduite par une organisation fondant son intérêt à agir en annulation sur l'intérêt collectif qu'elle s'était donnée pour objet de défendre. L'avocat Général justifiait l'irrecevabilité de ce recours en soulignant que si les organisations n'auront guère l'occasion d'agir directement, « leur rôle peut en revanche être important dans le domaine de l'intervention ».

« jurisprudence relative au droit d'intervention des associations représentatives »¹⁶³. Elle a distingué les demandes formulées par les groupements privés de celles formulées à titre personnel¹⁶⁴. Un groupement qui manifeste sa volonté d'intervenir doit soumettre sa demande à la Cour et justifier de son propre intérêt quant aux conséquences de la solution du litige. Ledit intérêt est considéré comme prouvé du moment que trois conditions sont réunies : le groupement doit agir afin de défendre les intérêts collectifs de ses membres, l'intérêt doit être suffisamment représentatif d'un point de vue juridique et l'affaire dans laquelle le groupement souhaite participer doit soulever une problématique essentielle dont la solution présente un intérêt immédiat et direct pour ses membres représentés¹⁶⁵. Par conséquent, la représentation remplace l'intérêt¹⁶⁶.

Par ailleurs, certains auteurs comme O. de Schutter appuient cette ouverture pratiquée par la cour en parlant même d' « une nostalgie d'un statut d'*amicus curiae* que les textes ne reconnaissent pas comme tel »¹⁶⁷, et pourquoi pas un besoin flagrant du mécanisme. Reste à savoir si le fondement des interventions associatives sur l'article 40 du Statut de la CJCE (contrairement au dépôt d'observations sur le fondement de l'article 23) accorde intelligemment la qualité de partie tout en excluant la qualification d'*amicus curiae*¹⁶⁸.

À vrai dire, la position de la CJCE reste plus ou moins ambiguë, voire hésitante, car elle ne souhaite pas fermer la porte face aux tiers puisqu'elle met en place des moyens pour récolter les observations des États et des institutions des Communautés et qu'elle admet que les opérateurs interviennent dans certains affaires et sous certaines conditions. Les incertitudes qui existent sont relatives notamment à l'absence d'un mécanisme incontestable de participation des acteurs privés en qualité d'*amicus curiae*¹⁶⁹. Ce rejet ressenti de la Cour d'accorder les mêmes prérogatives aux acteurs privés est difficile à justifier. Certains éminents auteurs voient cette exclusion de l'*amicus curiae* des juridictions interétatiques et même des tribunaux arbitraux comme étant liée à l'incapacité juridique et matérielle des

¹⁶³ Formule sans cesse répétée depuis l'Ordonnance du 17 juin 1997, *British Coal (National Power et PowerGen)*, C-151/97 p(I) et C-157/97 P(I), par. 66.

¹⁶⁴ Ordonnance du 26 juillet 1997, dans l'affaire T-201/04 R, *Microsoft* : « Les demandes en interventions présentées par des associations d'entreprises et celles présentées à titre individuel, notamment par des sociétés, seront examinées successivement », par. 36.

¹⁶⁵ Ordonnance du 28 septembre 1998, C-151/98 P, *Pharos, SA*.

¹⁶⁶ Ordonnance du 28 septembre 1998, C-151/98 P, *Pharos, SA*, par. 7.

¹⁶⁷ de SCHUTTER (O.), « Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 98.

¹⁶⁸ « L'intervention est l'acte par lequel une personne, jusque-là tierce à l'instance, va devenir partie au procès », (PICOD F., « Cour de Justice (procédure) », *Encyclopédie Dalloz Communautaire*, II, avril 1992, n° 73). Si l'association représentative exerce une fonction similaire à celle de l'*amicus curiae*, elle n'en a pas le statut procédural.

¹⁶⁹ de SCHUTTER (O.), « Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 104.

acteurs privés devant les premières et par la nature contractuelle impérative qui caractérise les seconds. Il semble pourtant évident de rappeler que non seulement les acteurs privés sont suffisamment aptes à ester devant la justice européenne, mais aussi que la compétence de cette dernière est obligatoire tant à l'égard des États que de leurs ressortissants¹⁷⁰. De plus, il est inutile de préciser que les décisions de la Cour peuvent avoir des effets importants sur les intérêts des parties au litige mais aussi sur d'autres parties. En effet, de nombreux praticiens soulèvent ce problème incitant la CJCE à manifester une ouverture significative dans cet ordre international¹⁷¹.

Cependant, cette ouverture devra être accompagnée par une volonté politique et une avancée législative majeure en adoptant par exemple un texte communautaire clair et non équivoque qui permettra de bien encadrer et organiser l'action de l'*amicus curiae* des acteurs privés. Une telle évolution provoquera une relance de la question de l'intervention des acteurs privés à l'échelle internationale et mettra fin aux hésitations de certains accords internationaux comme l'ALENA (Paragraphe II).

Paragraphe II - L'hésitation de l'ALENA quant à l'intervention privée

L'accord de l'ALENA est un exemple intéressant à examiner, car il organise un certain nombre d'échanges commerciaux au niveau de l'Amérique du nord et pose des règles assez claires pour améliorer l'intégration régionale ; toutefois, étant interétatique, il n'accorde pas une importance particulière aux opérateurs privés et se montre hésitant à reconnaître l'intervention de ces derniers (A) sauf en matière d'investissement (B).

¹⁷⁰ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p.150.

¹⁷¹ HARLOW (C.), « A Community of Interests? Making the Most of European Law », *Modern Law Review*, 1992, vol. 55, p. 349.

A - L'hostilité de principe de l'ALENA à l'égard des personnes privées

Le système juridique européen et l'accord de libre échange nord américain ont beaucoup de points communs, parmi lesquels l'*amicus curiae*. Dans les deux, le principe de fermeture des actions des acteurs privés dans cette procédure est omniprésent. Pour mieux examiner cette tendance, il convient d'abord de présenter l'ALENA, son histoire, son régime juridique et sa vision à l'égard de l'*amicus curiae*.

Selon l'histoire, des négociations visant à accroître l'intégration économique nord-américaine ont abouti dans un premier temps à la signature de l'Accord de libre échange entre le Canada et les États-Unis (ALÉ) en 1987¹⁷². Ensuite, la zone de libre échange créée par l'ALÉ a été étendue au Mexique et approfondie encore plus tard, par la conclusion définitive de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA)¹⁷³.

La portée matérielle de l'ALÉNA était encourageante à l'époque, puisqu'elle souhaitait approfondir la suppression progressive des obstacles tarifaires au sein de la zone de libre échange nord-américain, tout en garantissant le principe de la non-discrimination dans les relations commerciales sur le plan international à travers la clause du traitement national. Ce précieux accord concerne le commerce des produits et celui des services ; il libéralise en outre l'octroi des marchés publics et l'investissement étranger direct, et il établit un régime juridique commun de protection de la propriété intellectuelle.

Le mécanisme général de règlement des différends de l'ALENA est absolument interétatique sans places pour les acteurs privés¹⁷⁴. Ce mécanisme propre, moins

¹⁷² CÔTÉ (C. E.), *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 193-194.

¹⁷³ Accord de libre échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique, 17 décembre 1992, RT. Can. 1994 n° 2, 32 ILM 289. Malgré la conclusion de l'ALENA, l'ALÉ demeure toujours en vigueur, mais est suspendu dans la mesure où ses dispositions sont remplacées par celle de l'ALENA.

¹⁷⁴ ALENA, art.1415 (5), 2003-2019 ; les Parties doivent dans un premier temps échanger leurs opinions sur toute question pouvant toucher au fonctionnement de l'ALENA ; ces négociations sont engagées à la demande d'une partie et, en plus, une troisième Partie peut y participer si elle estime avoir un intérêt substantiel à l'égard de la question en litige. En cas d'échec des pourparlers pour prévenir le litige, une partie ayant participé aux consultations peut saisir la Commission du libre-échange afin de faciliter le règlement du problème en ayant notamment recours aux bons offices, à la conciliation ou la médiation ; c'est à ce stade que le différend doit être circonscrit de manière plus particulière par l'identification de la mesure ou de la question faisant l'objet de la plainte et la mention des dispositions de l'ALENA jugées pertinentes. Voir généralement TURP D., « L'accord

juridictionnalisé que celui de l'OMC, s'approche du vieux mécanisme du GATT de 1947, dans lequel les parties au litige conservaient un puissant pouvoir de contrôle. L'incapacité de principe des personnes privées au plan international n'est donc pas une nouveauté en ce qui concerne tous les domaines visés par l'ALENA, à l'exception notable de l'imposition de droits antidumping et compensateurs et de l'investissement étranger direct. Sous condition bien déterminée, la théorie de la protection diplomatique émerge dans le cadre de l'ALENA comme c'est le cas également dans l'OMC. Néanmoins, l'ALENA contient un début de mécanisme qui se rapproche du système du renvoi préjudiciel de la communauté européenne, qui pourrait séduire les personnes privées¹⁷⁵.

Le mécanisme de renvoi finalement adopté et qui est repris par l'ALENA implique qu'une personne privée n'a pas le droit de renvoyer une question d'interprétation de plein droit, que ce renvoi par une partie ou l'organe judiciaire ou administratif est facultatif, et que cette question n'est pas solutionnée par un organe juridictionnel supranational, mais évidemment par les parties agissant de manière conjointe et mutuelle comme étant une commission du libre-échange. Ce mécanisme de renvoi n'autorise pas les personnes privées à participer, surtout lorsqu'il semble qu'il existe une volonté d'incorporer l'ALENA dans le droit interne des parties¹⁷⁶.

Cette justification relative à l'incorporation ne semble pas évidente car il convient de rappeler qu'il est impossible d'exercer un recours interne contre une partie signataire pour manquement à l'ALENA ; les obligations de celui-ci s'imposent aux parties et non aux personnes privées, ce qui implique de manière automatique la difficulté, voire l'impossibilité d'invoquer directement l'ALENA en droit interne. Par conséquent, cette théorie d'invocation méritera l'abandon surtout lorsqu'on se souvient des travaux préparatoires de l'ALENA. En effet, pendant ces pourparlers, de fortes pressions ont été exercées conjointement par les chambres de commerce canadiennes et américaines pour favoriser l'action des personnes privées dans le cadre de l'*amicus curiae*, en vain. Également, un rapport collectif déposé par l'Association du barreau canadien et de l'Américain Bar Association a proposé un amendement pour mettre en place ce moyen juridique ; toutefois, celui-ci n'a pas été au final adopté, ce qui montre une nouvelle fois l'hostilité de l'ALENA à un tel mécanisme dans le cadre du règlement des différends.

de libre-échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends », *AFDI*, vol. 38, n° 38, 1992, pp. 810-814.

¹⁷⁵ CÔTÉ (C. E.), *op.cit.*, p.197.

¹⁷⁶ *Ibid*, pp. 197-199.

Toutefois cette hostilité n'est pas absolue puisque des aménagements sont heureusement prévus pour encourager l'intervention des personnes privées notamment en matière d'investissement (B).

B - L'accueil exceptionnel des personnes privées en matière d'investissement

Comme dans les traités bilatéraux d'investissement, le chapitre II de l'ALENA organise les relations entre ses Parties contractantes, notamment en ce qui concerne le traitement des investisseurs et des investissements étrangers venant d'une autre Partie¹⁷⁷. Puis, il crée un système judiciaire adéquat pour assurer le règlement de différends de l'investissement étranger, en mettant en place un mécanisme spécial de règlement des différends entre un investisseur étranger et un État d'accueil¹⁷⁸.

La reconnaissance de ce droit aux investisseurs étrangers vise surtout à leur assurer un traitement similaire aux investissements d'un État hôte et garantir une mise en œuvre conforme à la loi devant un tribunal indépendant et impartial¹⁷⁹.

Le mécanisme n'englobe aucune phase contraignante de prévention du différend¹⁸⁰. De même, l'investisseur d'une Partie peut directement porter plainte contre une autre Partie – sous son nom ou au nom d'une entreprise qu'il détient ou contrôle et qui émane de la Partie visée par la plainte – pour manquement à une obligation exigée par l'ALENA concernant le

¹⁷⁷ Voir la section A du chapitre 11 de l'ALENA, art.1101-1114. le principe de la non-discrimination des investisseurs étrangers et de leurs investissements est prévu par des normes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée et la norme minimale de traitement de la coutume internationale leur est rendue applicable.

¹⁷⁸ Voir la section B de l'ALENA, art. 1115-1138, voir également D.M. PRICE, "AN Overview of the NAFTA Investment Chapter : Substantive Rules and Investor-state Dispute Settlement", 1993, 27 Int'l Lawyer 727.

¹⁷⁹ Voir l'ALENA, art. 1102-1105. Toutefois, le recours privé est davantage restreint en ce qui concerne la phase de pré-investissement à l'égard du Canada et du Mexique.

¹⁸⁰ ALENA, art. 1118 ; les parties au litige sont malgré ces difficultés encouragées à se parler et à négocier sur a question de savoir si l'obligation de consultation est contraignante, la doctrine semble partagée car la mise en œuvre du mécanisme mentionne que la recommandation est facultative.

traitement des investissements étrangers¹⁸¹. Par ailleurs, l'investisseur ne possède un droit de porter plainte qu'en cas de pertes ou de dommages en raison ou suite à ce manquement¹⁸².

La plainte ne peut pas être soumise à un groupe spécial ; tel est le cas dans le mécanisme général de règlement des différends ; mais plutôt à un tribunal arbitral constitué suivant la convention CIRDI, son mécanisme supplémentaire, ou encore le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁸³.

Le mécanisme spécial vise à prévoir le consentement préalable et inconditionnel des Parties à propos de l'arbitrage des plaintes d'investisseurs concernant la violation grave des dispositions substantielles de l'ALENA sur l'investissement par l'un de ces trois mécanismes internationaux de règlement des différends¹⁸⁴. Avant de déposer sa plainte selon l'un de ces régimes, l'investisseur doit transmettre à la Partie défenderesse une notification écrite de sa volonté, mentionnant les dispositions de l'ALENA violées, les faits sur lesquels la plainte se base ainsi que le montant des dommages et intérêts réclamés¹⁸⁵.

La soumission de la plainte à l'arbitrage par l'investisseur étranger signifie le consentement de sa part à admettre la compétence exclusive du tribunal arbitral¹⁸⁶. À cause de cette exclusivité de compétence, l'investisseur doit renoncer à son droit d'engager des poursuites judiciaires dans le cadre de la législation d'une Partie, dans les cas où le recours interne vise à obtenir une réparation résultant de pertes ou de dommages ; toutefois, il peut poursuivre ses recours internes dans le but à titre d'exemple d'obtenir l'annulation ou le retrait de la mesure illégale¹⁸⁷.

Dans l'hypothèse où plusieurs plaintes se fondent sur un point de droit ou de fait commun, une partie au litige peut exiger l'établissement d'un tribunal arbitral spécial chargé de statuer

¹⁸¹ALÉNA, art.1116 (1)- 1117 (1). Le droit de soumettre une plainte à l'arbitrage est prescrit après trois ans depuis la date à laquelle l'investisseur ou l'entreprise a eu ou aurait dû avoir connaissance du manquement allégué et de la perte subie.

¹⁸² Cette stipulation est compatible avec la codification progressive du droit international de la responsabilité de l'État, entreprise par la CDI, qui fait intervenir le préjudice au moment de la mise en œuvre de la responsabilité de l'État, afin de déterminer le titulaire du droit de procéder à son invocation. Voir partie 1.3. 2.a).

¹⁸³ Art. 1120. L'investisseur peut à son tour déposer une plainte à l'arbitrage en vertu de la Convention CIRDI (dans l'hypothèse où la partie de l'investisseur et celle visée par la plainte sont parties à la convention), du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI (si l'une de ces parties mais par les deux est partie à la Convention CIRDI), ou encore du règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

¹⁸⁴ L'ALENA art.1131.

¹⁸⁵ Art.1119, Voir Commission de libre-échange de l'ALENA, *Formulaire de notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage*, Montréal, 7 octobre 2003.

¹⁸⁶ ALENA, art.1121 (3), *Ibid.*

¹⁸⁷ Art.1121(1) et (2) ; l'investisseur étranger doit choisir entre le recours interne ou le recours international pour obtenir réparation même s'il évoque des sources de droit positif différentes dans chacun de ses recours.

sur l'ensemble de ses plaintes connexes de manière conjointe ; ce tribunal arbitral est obligatoirement formé selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁸⁸. Cette disposition est très prometteuse car elle laisse émerger une réelle action collective internationale. Cela permettra de taire les craintes concernant la multiplication vertigineuse des recours privés à l'encontre d'une Partie ainsi que les dangers de contradiction entre les sentences arbitrales, vu l'absence totale de contrôle préalable à leur fonctionnement par les investisseurs étrangers¹⁸⁹.

La Partie mise en cause par la plainte doit la signifier aux autres Parties par le biais d'une notification écrite, après quoi les autres Parties peuvent assister à l'arbitrage mais uniquement pour soumettre des conclusions à propos d'une question d'interprétation de l'ALENA¹⁹⁰. La sentence finale du tribunal arbitral a la possibilité d'offrir des dommages-intérêts à l'investisseur ou à l'entreprise, mais il n'a pas le droit d'annuler ou d'ordonner le retrait pur et simple de la mesure illégale¹⁹¹. La sentence est en principe irrévocable entre les parties au litige et aucun appel n'est prévu, mais, heureusement, la révision ou l'annulation de la sentence est envisageable suivant le mécanisme international le plus approprié¹⁹². Dans le cas de non respect de la Partie responsable, l'investisseur peut effectivement déposer une nouvelle plainte contre cette dernière suivant le mécanisme général¹⁹³.

Dans l'affaire *Ethyl Corporation c. Canada*¹⁹⁴, qui est la première sentence arbitrale à avoir été rendue dans le cadre du chapitre 11 de l'ALENA, une société américaine spécialisée dans la fabrication d'un additif de carburant – le MMT – a déposé plainte contre le Canada, en raison de l'adoption d'une interdiction partielle relative à l'exportation et au commerce interprovincial de l'additif¹⁹⁵. La société américaine, société mère et partie lésée, Ethyl Corporation, possédait une société canadienne qui produisait et vendait du MMT destiné à être commercialisé à travers le Canada et les États-Unis. Elle a prétendu que la mesure

¹⁸⁸ ALENA, art.1126. Cette disposition n'avait encore jamais été appliquée jusqu'à tout récemment : mais le gouvernement des États-Unis vient de demander la jonction de trois plaintes privées entreprises séparément, en alléguant que tous les dommages subis par les investisseurs canadiens sont dans le même contexte impliquant le Canada et les États-Unis.

¹⁸⁹ PAULSON, *op. cit.*, p. 435.

¹⁹⁰ ALENA, art. 1127-1128 ; cette situation rappelle celle où dans sa décision de refus d'exercer la protection diplomatique, l'État de nationalité se fonde sur ses intérêts propres plutôt que sur ceux de son ressortissant lésé ; (VAN DUZER J. A., « Investor-State Dispute Settlement under NAFTA Chapter 11 : The Shape of Things to Come ? », *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 35, 1998, pp. 282-283).

¹⁹¹ ALENA, art.1135, VAN DUZER, *op.cit.* p. 284.

¹⁹² ALENA, art.1136 ; Voir par ex. la Convention CIRDI, art. 50-52 ; VAN DUZER, *op.cit.* p. 286.

¹⁹³ ALENA, art.1136 (4) et (5).

¹⁹⁴ *Ethyl Corporation c. Canada* 1998, 38 ILM. 708, 16 :3 J. Int'l Arb. 153.

¹⁹⁵ Voir la Loi sur les additifs à base de manganèse, L.C. 1997, c. 11.

canadienne constituait une expropriation indirecte de son investissement, enfreignant le régime strict de protection des investissements étrangers prévu par le chapitre 11. L'affaire n'a finalement jamais été entendue sur le fond, car le Canada a choisi de régler à l'amiable, après que le tribunal arbitral s'est déclaré compétent, en retirant la mesure objet du litige et en payant 13 millions de dollars américains à titre de dommages à la société plaignante¹⁹⁶.

Cette affaire a fait l'objet d'une attention particulière car elle démontre les menaces que faisait encourir le chapitre 11 par rapport au pouvoir de réglementation des gouvernements¹⁹⁷. De plus, le tribunal arbitral n'a jamais examiné le fond concernant la portée de la protection contre l'expropriation et d'un autre côté, le Canada n'avait pas interdit totalement la commercialisation de l'additif, laissant planer des doutes sur sa dangerosité. Néanmoins, la sentence arbitrale dans l'affaire Ethyl Corporation reste problématique en raison de l'interprétation plutôt laxiste faite par le tribunal de la notion de « mesure » et des conditions préalables conditionnant sa compétence.

La solution donnée à cette affaire est inquiétante car elle affaiblit les institutions parlementaires et le processus législatif d'un État souverain¹⁹⁸ ; en même temps, le respect exigeant des conditions préalables au dépôt d'une plainte doit corrélérer avec le consentement préalable et inconditionnel d'un État souverain à l'arbitrage avec une personne privée à propos de son manquement prétendu à ses obligations internationales¹⁹⁹.

D'un autre côté, l'esprit du mécanisme spécial de règlement des différends du chapitre 11 n'offre pas à une personne privée le droit de porter plainte contre une mesure envisagée par un État en vue d'obtenir des dommages. En effet, tandis que le mécanisme général et interétatique de règlement des différends de l'ALENA autorise expressément les Parties contractantes à mener des consultations et à déposer une plainte contre des « mesures envisagées »²⁰⁰, le mécanisme spécial du chapitre 11 ne se base que sur les « mesures adoptées ou maintenues ». Par conséquent, seuls les États ont le droit de protester contre des mesures envisagées, car en général ils ne cherchent pas à obtenir des dommages-intérêts,

¹⁹⁶ La mesure avait été précédemment trouvée incompatible avec l'ACI ; suite à la plainte déposée par l'Alberta contre la même mesure fédérale (DE MESTRAL A., « Comparative analysis », *Recueil des Cours*, vol. 275, 1998, pp. 362-363).

¹⁹⁷ DE MESTRAL (A.), « Comparative analysis », *Recueil des Cours*, n° 275, 1998, pp. 362-363.

¹⁹⁸ VAN DUZER, *op. cit.*, p. 276.

¹⁹⁹ Voir l'affaire *Waste Management Inc. c. Mexique*, 2000, 40 I.L.M., 56, 15 I.C.S.I.D. Rev. 211 au paragr. 17.

²⁰⁰ ALENA, article 2004.

mais plutôt à maintenir l'équilibre des concessions et des opportunités commerciales réciproques²⁰¹.

Dans l'affaire *Trammell Crow Company c. Canada*²⁰², une société américaine spécialisée dans la fourniture des services de gestion immobilière avait manifesté par le biais d'une notification son intention d'agir contre le Canada, à cause de certains agissements de la société canadienne des postes dans le cadre d'attribution d'un marché public pour la gestion de l'ensemble de son parc immobilier ; au même moment, des recours internes étaient toujours subordonnés à une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur selon laquelle la Société n'était pas soumise au champ d'application du chapitre de l'ALENA lié aux marchés publics. L'investisseur étranger a chiffré sa réparation à 32 millions de dollars américains, mais la plainte n'a jamais été arbitrée puisque les parties ont trouvé une solution amiable. Le caractère confidentiel de cette transaction empêche de déterminer si des pressions ont été exercées lors du début de l'application du mécanisme du chapitre 11²⁰³.

Globalement, la méfiance exprimée à l'égard de l'intervention des personnes privées reflète un certain manque de maturité des relations juridiques au niveau international et une évolution assez lente mais certaine vers une reconnaissance de l'intérêt privé et une mise en cause de la primauté absolue de l'intérêt public. L'étude spécifique du système commercial international du GATT à l'OMC affirme cette idée notamment en admettant progressivement le rôle joué par les ONG auprès de ces systèmes (Chapitre II).

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Trammell, Crow Company c. Canada* Notification d'intention soumise par Trammell Crow company, (7 septembre 2001).

²⁰³ Selon les informations fournies par le gouvernement du Canada en ligne : commerce international Canada.

CHAPITRE II – L’hésitation quant à la reconnaissance des organisations non gouvernementales à l’OMC

La première définition des ONG apparue en droit positif est prévue par la Convention européenne sur la reconnaissance de la personnalité juridique des organisations internationales non gouvernementales du 24 avril 1986. L’article premier détermine trois éléments de définition d’une ONG. En application de ceux-ci, une ONG est une association privée, créée par un acte²⁰⁴ relevant du droit interne d’un État, qui poursuit un but non lucratif d’utilité publique et a une activité effective dans au moins deux États.

L’article 71 de la Charte des Nations Unies est traditionnellement présenté comme l’acte fondateur du statut juridique des ONG²⁰⁵. Il prévoit que « le conseil économique et social peut prendre toutes dispositions utiles pour consulter les organisations non gouvernementales qui s’occupent de questions relevant de sa compétence (...) »²⁰⁶. Malgré le fait que cet article reconnaît l’existence des ONG et permet leur consultation, les États restent les maîtres du système : eux seuls peuvent être parties au Conseil, eux seuls disposent d’une large marge d’appréciation quant à l’opportunité de consulter et de prendre en compte l’avis de l’ONG et ce sont eux seuls qui décident au final.

En 1999, lors de la conférence ministérielle de l’OMC de Seattle, le pouvoir des ONG s’est révélé pour la première fois. J. ZIEGLER s’exprime : « Cette conférence a été perturbée par la mobilisation des syndicats et de nombreux mouvements populaires et d’organisations non gouvernementales d’origines totalement différentes (...) Elle a été un échec total. La société civile a contribué d’une façon essentielle à cet échec »²⁰⁷.

²⁰⁴ Article 1 de cette convention dispose que : La présente Convention s’applique aux associations, fondations et autres institutions privées (ci-après dénommées ONG) qui remplissent les conditions suivantes: avoir un but non lucratif d’utilité internationale; avoir été créées par un acte relevant du droit interne d’une Partie; exercer une activité effective dans au moins deux Etats; et avoir leur siège statutaire sur le territoire d’une Partie et leur siège réel sur le territoire de cette Partie ou d’une autre Partie.

²⁰⁵ KIEFFER (B.), *L’organisation mondiale du commerce et l’évolution du Droit international public*, sous dir., PETIT (Y.), Univ. Robert Schuman ; Strasbourg III, 13 juillet 2006, p. 167.

²⁰⁶ Un pas supplémentaire dans la même direction est franchi avec l’adoption de la convention de Stockholm du 27 février 1995 établissant l’Institut international pour la démocratie et l’assistance électorale. Son article IV prévoit que les ONG peuvent, sous certaines conditions, devenir membres « associés » de l’Organisation et être représentées au Conseil au même titre que les États et les organisations internationales.

²⁰⁷ ZIEGLER (J.), *Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent*, Paris, Éditions Fayard, 2002, p. 320.

La présence des ONG constitue désormais une réalité reconnue enfin par le droit international. Monsieur R. RANJEVA résume la situation : « L'intervention, voir l'irruption de l'organisation non gouvernementale a fondamentalement bouleversé les données. (...) Elle est une institution autonome qui ne poursuit que ses propres objectifs dans le respect de ses propres finalités et c'est à ce titre qu'elle participe à l'élaboration des normes appelées à s'imposer à l'État souverain. Une révolution juridique se déroule (...) »²⁰⁸.

L'histoire de la relation entre les ONG et l'OMC fait partie de l'histoire de ces dernières vis-à-vis des organisations intergouvernementales en général. Pourtant l'OMC a la particularité d'être une OIG très dynamique, où l'action est partagée entre le politique et le pratique mettant ainsi la relation avec les ONG dans une situation perturbée et conflictuelle.

La relation entre l'OMC et les ONG date depuis la création du GATT en 1948. À travers les années et les rounds, la position entre les deux a rencontré beaucoup de changement. Les ONG ont dû surmonter les oppositions catégoriques des États membres et les soupçons liés à la nature *vis generis* de leur existence sur la scène internationale qui était à la base d'une longue période de méfiance à leur égard (Section I), cela avant de pouvoir établir leur utilité et leur légitimité en tant qu'intervenants actifs et recherchés au sein de l'OMC. Une position qui est toujours en cours d'évolution (Section II).

²⁰⁸ RANJEVA (R.), « Les organisations non-gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *RCADI*, vol. 270, 1997, p. 32.

Section I - La reconnaissance difficile des ONG par les organes de l'OMC

Dès 1946, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, alors que la coopération économique internationale est considérée comme le meilleur garant du maintien de la paix, deux négociations sont lancées, l'une pour créer une institution des Nations Unies consacrée au commerce, l'autre pour engager la réduction des barrières douanières.

Au fil des années, la reconnaissance des ONG a subi plusieurs phases d'évolutions historiques. Les essais pour ouvrir la porte à ces organisations ont été multiples mais pas toujours efficaces. Toutefois et vu la nature confidentielle des négociations étatiques au cœur du GATT, ces ONG n'étaient pas, non plus, attirées par cet accord international (Paragraphe I). Le fait que l'OMC soit une organisation fondamentalement intergouvernementale a rendu assez difficile l'immixtion des ONG. Cet accueil réservé s'explique par différentes craintes étatiques contre l'intervention de ces organisations non étatiques (Paragraphe II).

Paragraphe I - Les évolutions historiques vers la reconnaissance des ONG

Bien que la Charte de la Havane, signée en mars 1948, prévoyait la création d'une Organisation Internationale du Commerce (OIC), celle-ci n'entrera jamais en vigueur et l'OIC n'a jamais officiellement vu le jour faute de non-ratification par plusieurs pays, notamment les États-Unis qui s'inquiétaient d'une perte de souveraineté au détriment de l'OIC. Pourtant, plusieurs similitudes au niveau de la relation avec les ONG entre l'OIC et l'OMC font en sorte qu'elle constitue un modèle utile pour étudier. En outre, le sujet de l'OIC est un sujet largement pertinent car ses auteurs ont aussi été les auteurs du GATT (A).

Au cœur du GATT, l'implication des ONG n'a pas été institutionnalisée et les consultations restèrent non officielles et *ad hoc* surtout en l'absence de procédure qui autorise les ONG à assister ou participer aux Conférences ministérielles²⁰⁹. Les activités du GATT ont peu intéressé la société civile, car elles traitaient particulièrement des transactions frontalières de

²⁰⁹ SRIVASTAVA (J.), « Non-Governmental Organizations as Negotiators at the World Trade Organization: A Perspective from the South », *International Studies*, vol. 39, August, 2002, p. 251.

marchandises et ne s'occupaient pas vraiment de la vie quotidienne des personnes physiques privées²¹⁰. Le GATT est, par nature, un lieu inadéquat par rapport aux ONG car les négociations économiques interétatiques sont secrètes et confidentielles.

Pour mieux comprendre la situation actuelle en matière de relations entre OMC et ONG et avoir une appréciation de l'héritage issu de l'époque avant l'existence du GATT et pendant son fonctionnement (B), il convient d'exposer les principales phases de l'évolution de ces relations depuis des décennies.

A - Avant le GATT

Le débat sur les relations entre OMC et ONG s'est accéléré au cours des dernières années²¹¹. Celui-ci « a reçu une attention significative lors des premières tentatives infructueuses de créer l'Organisation Internationale du Commerce (OIC) »²¹².

Sous l'influence des États-Unis, le Comité exécutif de la Commission intérimaire pour l'OIC s'est référé au paragraphe 87(2) de la Charte de La Havane disposant que :

« l'Organisation pourra conclure les arrangements propres à faciliter les consultations et la coopération avec les organisations non gouvernementales intéressées à des questions relevant de la présente Charte »²¹³. Ainsi, le projet de Charte pour l'OIC, article 71 paragraphe 3, dépasse les dispositions de l'article 71 de la Charte des Nations Unies lorsqu'il prévoit, en plus de la consultation, une coopération plus effective entre l'OIC et les ONG²¹⁴. En fait, les États-Unis étaient les premiers qui ont proposé l'article visant à établir des relations avec les ONG. Eux-mêmes avaient une politique de longue date de la consultation avec les acteurs

²¹⁰ ROSA (P. B.), « Non-Governmental Organizations and the World Trade Organization: The Good Side and the Bad Side », *Nouveau Monde*, vol. 14, 2004, pp. 65-66.

²¹¹ HOUGET (J. W.), « La Participation des ONG au Mécanisme de Règlement des différends de L'OMC: Une Perspective Environnementale », *Revue Québécoise de Droit International*, Vol. 18, n°2, 2005, p.137.

²¹² MARCEAU (G.), Pedersen (P.), « 1999, Is the WTO Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the WTO with Non-governmental Organisations and Civil Society's Claims for more Transparency and Public Participation », *Journal of World Trade*, vol. 33, n°1, p. 8.

²¹³ OMC, Commission intérimaire de l'Organisation internationale du commerce, Charte de La Havane instituant une organisation internationale du commerce (1948) à la p. 91, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/havana_f.pdf>.

²¹⁴ KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du Droit international public*, sous dir. PETIT (Y.), Univ. Robert Schuman; Strasbourg III, soutenu le 13 juillet 2006, p. 181.

privés et des ONG avant de conclure des accords commerciaux, en vertu de l'Accord réciproque des échanges de 1934²¹⁵.

De plus, le secrétariat de la Commission intérimaire avait prévu une note servant à la concrétisation et la réalisation de ces arrangements. Ce document souhaitait inviter les ONG en tant qu'observateurs aux conférences de l'OIC. Ces ONG devaient aussi disposer du droit de proposer l'ajout de certains sujets à l'ordre du jour, et en cas d'accord, le droit de discuter devant la conférence. De même, le secrétariat recommandait la création des comités consultatifs composés de représentants d'ONG. Ces recommandations n'ont jamais pu être transposées en raison de l'hostilité de nombreux États et de l'échec de l'aboutissement de l'OIC²¹⁶.

Par ailleurs, les évolutions politiques et économiques internationales exigeaient que l'OIC profite des connaissances et de l'expertise conférée par les ONG. Paradoxalement, les États n'avaient pas la motivation suffisante pour réaliser les objectifs attendus. Par ailleurs- le copiage du système onusien n'était pas évident. En effet, les procédures du modèle ECOSOC²¹⁷ de 1946 étaient considérées effectivement comme trop rigides et peu utiles, car déterminer les différentes catégories d'ONG aurait éliminé la flexibilité des consultations *ad hoc* et aurait soulevé la question vaine du classement des différentes ONG²¹⁸.

En fait, l'article 71, paragraphe 3, du projet de Charte de l'OIC fut discuté dans le comité préparatoire de Londres. À la deuxième réunion du comité, le délégué de la Chine a demandé au délégué des États-Unis d'expliquer ce que l'on peut entendre par les termes utilisés dans la charte suggérant la possibilité pour les ONG d'entreprendre des tâches spécifiques pour le compte l'OIC. M. Kellogg²¹⁹ des États-Unis a répondu qu'à défaut d'une interprétation formelle, ledit paragraphe peut être entendu comme faisant référence à la possibilité de demander des études²²⁰ aux ONG. Celles-ci possèdent les équipes de recherche et les installations qui peuvent être utiles pour le travail de l'OIC.

²¹⁵ Reciprocal Trade Agreements Act of 1934

²¹⁶ KIEFFER (B.), *op. cit.*, p. 182.

²¹⁷ Le Conseil économique et social (ECOSOC) est l'Organe Principal de Coordination des activités économiques et sociales des Nations unies.

²¹⁸ MARCEAU (G.), Pedersen (P.), « 1999, Is the WTO Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the WTO with Non-governmental Organisations and Civil Society's Claims for more *Transparency and Public Participation* », *Journal of World Trade*, vol.33, n°1, pp. 9-10.

²¹⁹ M. Edmund H. Kellogg, conseiller spécial sur les affaires des organisations internationales au département d'État et conseiller de la délégation des États-Unis à la première session du comité préparatoire.

²²⁰ UN doc. E/PC/T/C.V/PV/4 (1946), at 30-31.

Aucune autre discussion n'a eu lieu sur le paragraphe 3 de l'article 71. C'était pendant un sous-comité *ad hoc* où il était demandé d'approuver le paragraphe sans modification. Le comité a accepté la demande²²¹, de sorte que le projet de Londres est donc apparu comme suit: « l'Organisation pourra conclure les arrangements propres à faciliter les consultations et la coopération avec les organisations non gouvernementales intéressées à des questions relevant de sa compétence et peut les inviter à réaliser certaines missions »²²².

Plusieurs modifications à l'article 71 ont eu lieu. En raison de l'ajout de nouveaux articles, l'article 71 est devenu 81 et puis 84 avant de devenir finalement l'article 87 de la Charte de la Havane lors de conférences des Nations Unies. Egalement, le paragraphe 3 est devenu paragraphe 2 qui est apparu comme suit : « l'Organisation peut prendre toutes dispositions utiles pour la consultation et la coopération avec les ONG s'occupent de questions relevant du champ d'application de la présente charte »²²³.

Il est important de noter que les ONG ont joué un rôle substantiel à la conférence des Nations Unies à Havane, elles ont pris part au débat général. En outre, il a été décidé dès le début que les documents soumis par les ONG seraient distribués en tant que documents de la conférence, et que ses points de vue pourraient être parrainés par une délégation²²⁴. En outre, il a été généralement entendu que les ONG peuvent être sollicitées afin d'effectuer des études ou de donner des conseils à l'OIC sur des questions relevant de leur compétence, ce qui peut être considéré comme un précédent important.

La CIOIC, Commission Intérimaire de l'Organisation Internationale du Commerce, fut créée en 1948 par une résolution adoptée à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi à La Havane afin d'exercer des fonctions spécifiques en attendant l'établissement de l'Organisation Internationale du Commerce. Les termes de la résolution ont doté l'CIOIC de la personnalité juridique et d'une structure organisationnelle et d'un nombre d'avantages, de privilèges et d'immunités.

La commission intérimaire et son comité exécutif étaient assistés par un secrétariat. Son secrétaire exécutif a été Eric Wyndham White et le Secrétaire exécutif adjoint a été Julion

²²¹ UN doc. E/PC/T/C.V/PV/4 (1946), at 17.

²²² CHARNOVITZ (S.), WICKHAM (J.), « Non-Governmental Organizations and the Original International Trade Regime », *Journal of World Trade*, vol. 29, n° 5, 1995, p. 114.

²²³ CHARNOVITZ (S.), WICKHAM (J.), « Non-Governmental Organizations and the Original International Trade Regime », *op. cit.*, p. 114.

²²⁴ UN., Doc., Press Release/ITO/109, 6 December 1947.

Lacarte. Le secrétariat de l’CIOIC a progressivement infiltré le secrétariat du GATT²²⁵. M. White a suggéré que la conférence de l’OIC adopte une liste des ONG consultantes qui recevraient des invitations à envoyer des observateurs aux conférences de l’OIC. Ces ONG auraient le droit de recevoir les documentations des conférences et aussi le droit de proposer des sujets pour le programme de la conférence.

En mars 1949, le secrétariat de la CIOIC a préparé un projet de rapport proposé au nom de la Commission à la première conférence de l’organisation internationale du commerce. Ce rapport a proposé notamment des recommandations finales pour la relation de l’OIC avec les ONG. Les recommandations indiquaient que l’OIC visait à tirer pleinement parti des connaissances et de l’expérience des ONG²²⁶.

Non seulement les ONG seraient en mesure d’assister aux séances de la conférence, mais il été également proposé qu’elles soient en mesure de soumettre des questions ou des suggestions aux conférences et qu’elles reçoivent toutes documentations nécessaires pour la consultation efficace. Enfin, les documents soumis par les ONG seraient référencés dans une liste des communications reçues par les ONG consultatives. Il est intéressant de noter que la CIOIC est resté opérationnelle tout au long de l’histoire du GATT comme l’expression institutionnelle de l’accord du GATT et n’a cessé d’exister qu’à la fin de l’année 1994.

Evidemment, aucune procédure formelle pour des interactions entre l’OIC et les ONG n’a pu être constituée, et on a gardé toujours le principe des consultations non officielles. Ces éléments démontrent, même si l’OIC n’ait jamais vu le jour, que « dès le tout début, l’importance des ONG comme fournisseurs de connaissances et d’expérience a été prise en considération »²²⁷. Malheureusement, l’échec institutionnel de l’OIC a suspendu la notion de la participation des ONG pendant plus de quatre décennies ; compte tenu de l’insécurité institutionnelle, le GATT n’a pris, malheureusement, aucune mesure afin de développer les liens avec les ONG (B).

²²⁵ CHARNOVITZ (S.), WICKHAM (J.), *op. cit.*, p. 117.

²²⁶ Interim Commission for the International Trade Organization ,EC.2/SR.8, septembre 1948, at. 2.

²²⁷ MARCEAU (G.), Pedersen (P.), « 1999, Is the WTO Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the WTO with Non-governmental Organizations and Civil Society's Claims for more Transparency and Public Participation », *op. cit.*, p. 10.

B - Pendant le GATT

Dans le cadre du GATT, les organisations non-gouvernementales ont rarement été invitées aux réunions officielles du GATT. La seule possibilité était à travers la Chambre Internationale du Commerce (CCI), celle-ci étant la seule voie ouverte à la société civile pour transmettre les préoccupations sur la libéralisation des échanges en cours²²⁸.

En effet, la CCI a travaillé pendant plusieurs années avec les institutions internationales, même avant le début des discussions sur la Charte de l'OIC, cela en collaboration avec les organes de la Ligue des Nations²²⁹. Certains accords spécifiques dans le système du GATT ont également permis la création de conseils pour la coopération et la concertation entre les gouvernements et les ONG²³⁰.

Bien que le GATT n'ait pris aucune mesure en vertu de l'article XXIX du GATT pour prévoir un rôle des ONG à ses activités, les avantages de la participation des ONG restent évidents pour la communauté commerciale. Par exemple, l'article 11 (c) de l'Organisation proposée pour la Coopération Commerciale de Mars 1955 énonce que l'organisation « peut prendre toutes dispositions utiles pour la consultation et la coopération avec les organisations non-gouvernementales s'occupant des questions dans le cadre de l'organisation ». Malheureusement, comme l'OIC, l'Organisation pour la coopération commerciale n'a jamais vu le jour²³¹.

En 1969, John Jackson a consacré une courte section au « Private Citizen and GATT Obligations »²³², dans laquelle il a noté qu'« en accord avec le raisonnement traditionnel en droit international ... un citoyen peut seulement faire des recommandations au GATT à travers son gouvernement. C'est également la seule façon de demander la réparation d'un dommage résultant des activités étrangères incompatibles avec le GATT »²³³. Imaginant

²²⁸ CHARNOVITZ (S.), WICKHAM (J.), « Non-Governmental Organizations and the Original International Trade Regime», *op. cit.*, pp. 111-121.

²²⁹ RIDGEWAY (G. L.), *Merchants of Peace: Twenty Years of Business Diplomacy through the International Chamber of Commerce 1919-1938*, New York, Columbia University Press, pp. 310-315.

²³⁰ GRAY (K. R.), *Civil Society and the World Trade Organization*, p. 2, consulté le 05 juin 2013 sur le site: <http://www.worldtradelaw.net/articles/graycivilsociety.pdf>.

²³¹ CHARNOVITZ (S.), WICKHAM (J.), « Non-Governmental Organizations and the Original International Trade Regime», *op. cit.*, p. 121.

²³² CHARNOVITZ (S.), « Opening the WTO to Non-Governmental Interests », *Fordham International Law Journal*, vol. 24, nos.1 & 2, 2000, p. 174.

²³³ Traduit par nos soins : « in accord with traditional international law thinking ... a citizen can usually only make policy recommendations to GATT through his government and can only in that way seek relief if he is

l'avenir, Jackson avait cependant insisté sur la nécessité d'examiner dans l'avenir des arrangements institutionnels qui accorderaient une attention particulière aux individus dans les affaires économiques internationales.

La situation vécue pendant cette période n'était pas encourageante. L'Uruguay round a toutefois marqué une nouvelle étape vers une accélération de la participation des ONG dans l'OMC. Grâce à la modernisation des moyens de communication et l'approfondissement des négociations économiques durant le cycle d'Uruguay (1986-1994), les ONG se sont intéressées à des questions relatives à l'agriculture, au développement et à la sécurité alimentaire. Elles se sont montrées plus attachées aux activités du GATT et dénoncèrent l'institution comme étant « GATTastrophe »²³⁴. D'après M. CHARNOVITZ, le conflit entre les intérêts commerciaux et les préoccupations environnementales soulevé par la décision de la Commission d'arbitrage dans l'affaire dite Thons-Dauphins en 1991 a fini par remettre le GATT au centre de l'attention des ONG²³⁵.

En dehors du système commercial, plusieurs fondations, instituts et ONG ont pris la décision de travailler à accroître l'ouverture du GATT aux acteurs privés²³⁶. Un manuel parrainé par « *The Environmental Grantmakers Association* » et « *The Consultative Group on Biological Diversity* » a souligné que « les délibérations du GATT sont restées fermées à la participation et aux contributions des citoyens », et a noté le contraste avec les Nations Unies qui ont été ouverts à de telles participations.

Au milieu des années 1990, plusieurs articles ont redonné le souffle au futur débat. Roht Naomi-Arriaza a appelé à « la démocratie, la transparence, et des mécanismes participatifs au sein du GATT »²³⁷. Robert Housman a sollicité la « démocratisation des négociations du commerce en accordant le statut d'observateur aux ONG ». Ses propositions étaient fondées sur la thèse que les individus ont le droit de participer aux décisions internationales qui touchent leurs intérêts²³⁸.

injured by foreign activities inconsistent with GATT », JACKSON (J. H.), *World Trade and the Law of GATT*, Lexis Law Pub, 1969, pp. 453-457.

²³⁴ CHARNOVITZ (S.), « Opening the WTO to Non-Governmental Interests », *op. cit.*, p. 175.

²³⁵ *Ibid.*, p. 174.

²³⁶ *Ibid.*, p. 175.

²³⁷ ARRIAZA (N. R.), « Precaution, Participation, and the "Greening" of International Trade Law », *J. Envtl. L. & Litig.*, vol. 7, n° 57, 1992, pp. 92-98.

²³⁸ HOUSMAN (R. F.), « Democratizing International Trade Decision-Making », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, 1994, pp. 675-683.

En dépit de la pression progressive des ONG lors de la création de l'OMC, la « vieille culture GATT »²³⁹, en matière de négociations commerciales ainsi que des traditions procédurales héritées depuis un demi-siècle, n'a pas pu disparaître du jour au lendemain. Par conséquent, il a fallu attendre dix-huit mois pour que le Conseil général de l'OMC puisse dépasser cet obstacle²⁴⁰ et mettre en œuvre le paragraphe 5(2) de l'Accord de Marrakech²⁴¹. En fait, les obstacles et les craintes étatiques à l'égard de l'intervention des ONG n'ont pas cessé même après la création de l'OMC.

Après avoir examiné en premier lieu les évolutions historiques vers la reconnaissance des ONG pendant et avant le GATT, il nous semble primordial de se pencher sur les circonstances et les obstacles de l'intervention de ces organisations au sein de l'OMC (Paragraphe II).

Paragraphe II - Les obstacles empêchant l'intervention des ONG dans l'OMC

Les obstacles qui empêchent l'intervention des ONG dans l'OMC sont multiples. Dans le système commercial international, les États souverains ne veulent consentir à céder une partie de leurs pouvoirs et de leur influence à un acteur privé qui ne sert pas leurs propres intérêts. Cela rend difficile l'immixtion des ONG dans le système OMC (A). Par ailleurs l'opposition affichée de nombreuses ONG au libre-échange (syndicats, groupes environnementaux), d'épineux problèmes de représentativité et de crédibilité des ONG, ainsi que le difficile maintien de la confidentialité des procédures font craindre que l'immixtion des ONG alourdisse le fonctionnement de l'OMC ou l'éloigne de ses objectifs premier (B).

²³⁹ International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), *Accreditation Schemes and other Arrangements for Public Participation in International Fora: A Contribution to the Debate on WTO and Transparency*, Genève, ICTSD, 1999 à la p. 4.

²⁴⁰ *Ibid.* p. 4.

²⁴¹ *Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995) [*Accord de Marrakech*].

A - L'immixtion difficile des ONG dans une OMC fondamentalement intergouvernementale

L'immixtion des ONG dans le système OMC est un sujet délicat (1) et suscite de nombreuses controverses (2).

1 - L'immixtion des ONG dans l'OMC, sujet délicat

En effet, la délicatesse du sujet de l'immixtion découle de l'histoire même du système commercial international.

Les accords établissant l'OMC ont été signés par les États. Ils englobent des droits et obligations qui sont contraignants pour les signataires. Ces accords s'adressent aux Membres de l'OMC et visent spécialement leurs comportements. Ce qui est évident est que le système de règlement des différends demeure parfaitement interétatique.

L'OMC se distingue particulièrement des autres OIG²⁴² par sa fermeture aux acteurs internationaux autres que les États et cela pour deux raisons principales. En premier lieu, l'OMC est avant tout un forum de négociations entre États, au sein duquel seuls ces derniers peuvent entreprendre des pourparlers et dans lesquels ils sont les seuls participants²⁴³. Cette situation découle de la nature des négociations, qui portent sur les questions commerciales nécessitant une discrétion et un secret particulier, et ne pourraient donc que difficilement avoir lieu sans ces conditions. En outre, « l'OMC possède formellement un secrétariat dont les pouvoirs sont limités »²⁴⁴. Celui-ci ne dispose pas des moyens qui permettent de modifier les décisions étatiques²⁴⁵. Ainsi, il y a peu de place pour les ONG, ce que reconnaît l'OMC elle-même en affirmant qu'« à la suite de longues discussions, il apparaît que, de l'avis général, il ne sera pas possible de faire participer directement les ONG aux travaux de l'OMC

²⁴² ROSA (P. B.), « Non-Governmental Organizations and the World Trade Organization: The Good Side and the Bad Side », *op. cit.*, p. 61.

²⁴³ MARCEAU (G.), Pedersen (P.), *op.cit.* p. 5.

²⁴⁴ MARCEAU (G.), Pedersen (P.), *op.cit.* p. 6.

²⁴⁵ ROSA (P. B.), *op.cit.*, pp. 64-65.

ni à ses réunions »²⁴⁶, l'objectif principal et la raison d'être de l'Organisation étant constituée par les intérêts des gouvernements²⁴⁷.

En second lieu, contrairement à son prédécesseur, le GATT qui « n'avait pas de dents », l'Organe de règlement des différends (ORD) est un organisme quasi judiciaire extrêmement puissant qualifié de « joyau de la couronne » du système OMC²⁴⁸. Ici aussi les États prédominent, puisque l'initiation du processus de règlement des différends et la surveillance de la mise en œuvre des rapports des Groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel sont limitées aux États membres²⁴⁹.

M. Abdel Moneim a indiqué: pour qu'un différend puisse être assujéti aux procédures de règlement des différends²⁵⁰, il faut qu'il provienne des «actions des gouvernements et non de celle de parties privées »²⁵¹. Par conséquent, les dispositions des accords visés relatives au règlement des différends « pourront être invoquées pour ce qui est des mesures affectant l'observation desdits accords prises par des gouvernements ou administrations régionales ou locales sur le territoire d'un Membre »²⁵².

Ces difficultés d'ordre technique ont défavorisé l'immixtion progressive des ONG dans l'OMC et ont, également, créé de nombreuses controverses (2).

²⁴⁶ OMC, Conseil général, Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales (adoptée le 18 juillet 1996), OMC Doc. WT/L/162 (1996) [OMC – ONG]. Ce document est à l'annexe I de la présente étude.

²⁴⁷ MARCEAU (G.), Pedersen (P.), *op. cit.*, p. 6.

²⁴⁸ MARCEAU (G.), Pedersen (P.), *op. cit.*, p. 33.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 6.

²⁵⁰ ABDEL MONEIM (Y.), *Les contentieux commerciaux au sein de l'OMC et le mécanisme de règlement des différends*, dir., RAYNARD (J.), Univ. Montpellier I, 19 décembre 2008, p. 51.

²⁵¹ WT/DS44/R, rapport du groupe spécial du 31 mars 1998, « Japon – Mesures affectant les pellicules et papiers photographiques destinés aux consommateurs », paragraphe 10.52.

²⁵² L'article 22.9 du Mémorandum d'accord.

2 - L'immixtion des ONG dans l'OMC, un sujet controversé

L'élargissement du rôle des ONG dans le régime commercial international découle de la conviction que l'OMC devrait être un organe intergouvernemental, fermé par sa nature aux ONG²⁵³. Selon ce point de vue, le processus de politique commerciale sera meilleur lorsque les gouvernements pourront s'exprimer clairement et librement entre eux. Comme Philip Nichols le suggère, il peut être frustrant d'avoir des acteurs nationaux opposés aux positions des gouvernements qui sont censés représenter la nation²⁵⁴.

Cette argumentation s'oppose à voir les ONG agir au niveau national et international. C'est pourquoi les opposants ne souhaitent pas que les ONG puissent exercer des pressions au niveau interne dans le débat entre les relations de l'OMC et les gouvernements ainsi qu'au sein de l'OMC elle-même. D'autres observateurs soutiennent que le fond des affaires internationales est régi par des États souverains. Dans la mesure où les organisations internationales, comme l'OMC, doivent faire face à d'autres acteurs à l'échelle internationale, leur processus de décision devient vulnérable et le fondement de leur légitimité devient incertain²⁵⁵. Cette affirmation peut être critiquée, voire considérée comme dépassée. Toutefois, il est faux de nier l'importance du rôle des États dans les relations internationales ou de relativiser les effets néfastes de la présence des ONG dans les relations d'État à État²⁵⁶.

L'idée que l'OMC est censée être une organisation internationale est à la fois superficiellement vraie et interpellative. Octroyer des voix en faveur des ONG dans l'OMC n'empêche pas les gouvernements de discuter de certaines questions à huis clos. L'OMC ne doit donc pas être seulement une institution d'État à État²⁵⁷.

L'influence des ONG qui devrait avoir lieu au niveau national n'est pas compatible avec la complexité du monde moderne. Certaines ONG ont une portée internationale, donc l'idée

²⁵³ESTY, (D. C.), « Non-governmental organizations at the World Trade Organization: cooperation, competition, or exclusion », *Journal of International Economic Law*, vol. 1, n° 1, 1998, p. 140.

²⁵⁴NICHOLS (P. M.), « Extension of Standing in World Trade Organization Disputes to Nongovernment Parties », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, pp. 308-309.

²⁵⁵ *Ibid.* p. 308.

²⁵⁶ BROWNLIE (I.), *Principles of public international law*, 1990, 4^e éd., Londres, Oxford University Press, 1990, pp. 287-288.

²⁵⁷ Même les critiques institutionnaliste d'un rôle élargi pour les ONG à l'OMC reconnaissent que les institutions hybrides - dont les gouvernements se partagent la scène avec des entités non gouvernementales - sont non seulement concevables, mais parfois même utiles. NICHOLS (P. M.), « Realism, Liberalism, Values, and the World Trade Organization », *University of Pennsylvania, Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, pp. 877-878.

qu'elles puissent être actives au niveau national limite leurs capacités et leur rôle international²⁵⁸. En outre, certains débats politiques se déroulent mieux au niveau international parce que les questions sous-jacentes portent sur des problématiques de niveau mondial. Les institutions, telles que le l'OMC, jouent un rôle dans l'établissement et l'application des règles du droit international, qui sera renforcé dans la mesure où les interventions des ONG encouragent une vie pleine et riche de débats sur les décisions à prendre.

Enfin, si la participation des ONG passe essentiellement par les États, on peut fortement douter de l'utilité d'une plus forte participation directe aux travaux de l'OMC²⁵⁹. Accorder un rôle important à la société civile contribuerait sans doute à consolider la légitimité de l'organisation. Mais une organisation plus légitime serait aussi plus forte dans la mesure où son caractère demeurerait plus démocratique, ce qui lui permettrait de pénétrer des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence d'attribution.

Ce sujet controversé a créé de réelles polémiques entre juristes et hommes politiques, qui se sont trouvés confrontés à résoudre des problèmes plutôt qu'à suggérer des solutions. Cette situation a engendré des craintes relatives au rôle effectif des ONG dans l'OMC (B).

B - Les craintes étatiques à l'égard de l'intervention des ONG

On vient de voir dans la partie précédente pourquoi la relation entre l'Organisation Mondiale du Commerce et les différentes ONG constitue *a priori* une relation difficile à cause de la différence organique qui existe entre une organisation intergouvernementale et des organisation non-gouvernementales.

Nous allons continuer dans notre exposé de voir les raisons de l'éloignement entre l'OMC et les ONG, cette fois du point de vue des États et les situations de conflits d'intérêts entre les

²⁵⁸ Par exemple, Amnesty International n'est pas une organisation britannique, mais une organisation mondiale.

²⁵⁹ KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du Droit international public*, sous dir., PETIT (Y.), Univ. Robert Schuman ; Strasbourg III, 13 juillet 2006, p. 192.

deux qui constituent la motivation principale du refus des États (1), avant d'examiner l'argument du risque sur la confidentialité des procédures (2).

1 - Des avantages qui ne vont pas sans inconvénients

Malgré les avantages, les intérêts commerciaux des États continuent d'empêcher les ONG à participer à l'OMC. En effet, la volonté d'exclure les ONG et ses rôles formels dans le régime du commerce international peut être attribuée à certaines préoccupations²⁶⁰. Ceux qui voudraient exclure les ONG de la décision politique commerciale internationale croient qu'une présence accrue des groupes environnementaux et d'autres entités non gouvernementales dans les salles du siège de l'OMC à Genève entrainera une surcharge de travail plutôt qu'une amélioration de la prise de décision lors du procès²⁶¹. Pourtant, Steve Charnovitz souligne que les ONG ont une longue histoire de participation aux relations de l'économie internationale. Ainsi, le rôle actuel limité de l'OMC représente une anomalie historique et un point bas dans un cycle évolutif²⁶².

Il existe un risque que les intérêts de certaine ONG entraînent un accroissement disproportionné de leur influence et se traduisent par une sorte de manipulation. Certains analystes considèrent que la participation des groupes d'intérêt ralentit le processus de la prise de décision et conduit à l'inefficacité. Ainsi, il existe une certaine méfiance à l'égard des ONG et la crainte que la présence de groupes environnementaux ou d'autres organisations de lobbying parmi les fonctionnaires de l'OMC ou les représentants gouvernementaux se traduise par une politique erronée. Un commentateur, Peter Spiro, alerte sur le fait que les dirigeants d'ONG armés de comptes bancaires conséquents, avec le pouvoir de recruter un grand nombre

²⁶⁰ ESTY, (D. C.), « Non-governmental organizations at the World Trade Organization: cooperation, competition, or exclusion », *op. cit.*, pp. 137-138.

²⁶¹ Il existe peu d'ouvrages théoriques plaidant contre un plus grand rôle pour les ONG à l'OMC. Les représentants du gouvernement semblent être les principaux critiques de la participation élargie des ONG. Pour les meilleurs arguments contre la participation, voir NICHOLS (P. M.), « Participation of Nongovernmental Parties in the World Trade Organization », University of Pennsylvania, *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, pp. 1-320. (Expliquant les problèmes potentiels de la participation des ONG à l'OMC).

²⁶² CHARNOVITZ (S.), « Opening the WTO to Non-Governmental Interests », *op. cit.*, pp. 199-206.

de membres dociles, puissent émerger comme une nouvelle catégorie d'acteur du monde moderne²⁶³.

Les experts en commerce craignent beaucoup que l'expansion du rôle des ONG dans l'OMC ait pour effet d'augmenter la tendance à entendre les voix du protectionnisme, ce qui rend la poursuite de la libéralisation du commerce plus difficile. Les libre-échangistes sont convaincus par l'idée que de nombreuses ONG sont réticentes aux efforts de libéralisation du commerce et peuvent-être même protectionnistes. Ces craintes se sont fondées sur le fait qu'un certain nombre de groupes environnementaux et de nombreux syndicats se sont révélés fondamentalement opposés au libre-échange²⁶⁴. En général, les groupes qui ne sont pas intervenants dans l'OMC et qui veulent maintenant y accéder ne sont pas orientés vers le commerce. Ainsi, ils contribuent aux débats sur le commerce sans aucun engagement spécial pour ouvrir les marchés et, dans la plupart des cas, leurs intérêts fondamentaux priment sur d'autres, tels que la protection de l'environnement.

D'autres préoccupations au sujet du rôle des ONG dans l'OMC apparaissent en ce qui concerne leur représentativité et leur crédibilité. Ainsi, il semble difficile de déterminer le nombre de personnes qui représentent un groupe particulier²⁶⁵. Les organisations non gouvernementales pourraient présenter des points de vue contradictoires avec des groupes similaires. Cela soulève un certain nombre de questions ; à quels fonctionnaires des instances internationales doit-on faire confiance? Comment savons-nous si les faits exposés par les ONG sont réels ? Quelles disciplines doivent être mises en place pour assurer un comportement responsable²⁶⁶? Est-ce qu'une participation accrue des ONG aux débats concernant l'OMC ne va pas donner plus de valeurs aux points de vue des ONG du nord, développées par rapport à celles du sud en développement²⁶⁷?

D'autres préoccupations sont centrées sur les difficultés pratiques des titres de compétences des ONG et du contrôle de leurs activités au sein du système commercial international. Qui détermine les groupes constituant réellement les ONG? Comment le droit d'expression doit

²⁶³ NICHOLS (P. M.), « Realism, Liberalism, Values, and the World Trade Organization », *op. cit.*, pp .860-866.

²⁶⁴ ESTY, (D. C.), « Why the World Trade Organization Needs Environmental NGOs », *Public Participation in the International Trading System*, vol. 1, n° 3, 1997, p. 5.

²⁶⁵ ESTY, (D. C.), « Non-governmental organizations at the World Trade Organization: cooperation, competition, or exclusion », *op. cit.* pp. 141-142.

²⁶⁶ CHARNOVITZ (S.), « Participation of Non-governmental Organizations in the World Trade Organization », University of Pennsylvania, *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, pp. 332-334.

²⁶⁷ À titre indicatif, sur les 738 ONG inscrites à la conférence ministérielle de Seattle, 635 émanaient de pays industrialisés (dont 134 des Etats-Unis et 184 de l'Union Européenne) pour seulement 103 venants de l'ensemble des pays en développement. Source, La documentation française.

être attribué? Quel temps accordé alors qu'il est déjà limité en faveur des gouvernements dans le cadre des réunions officielles? D'autres observateurs craignent que la présence des ONG dans la salle lors des réunions de l'OMC soit un obstacle aux négociations. De plus, les actes des ONG représentent souvent la vision des individus « leaders » qui sont à la tête de l'organisation. Enfin, des doutes sérieux subsistent concernant le financement et la transparence de certaines ONG²⁶⁸, car il arrive souvent que certaines aient des ressources étatiques comme le cas des GONGO²⁶⁹.

Non seulement les ONG ont du faire face à une grande critique de la part des États sur la question des intérêts contradictoires, mais elles se sont aussi trouvées face aux obsessions de confidentialité souvent exprimées par les États dans les négociations économiques (2).

2 - La maintien de la confidentialité des procédures

La confidentialité dans les accords de l'OMC est un sujet très important, voir essentiel au sein du processus de règlement des différends²⁷⁰. Le fait que seuls les États puissent être parties, ou tierces parties, aux procédures de règlement des différends au sein de l'OMC implique que cette procédure soit assez confidentielle. Selon le Mémoire d'accord, la confidentialité commence dès le début de la procédure, à partir des consultations puis lors de la procédure du groupe spécial et jusqu'aux procédures de la distribution des rapports de l'Organe d'appel. Selon les gouvernements Membres à l'OMC, l'intervention des acteurs privés au sein du processus de règlement des différends rend la confidentialité requise incertaine et menacée. Toutefois, il y a seulement des dispositions rudimentaires dans le Mémoire d'accord en ce qui concerne la protection de la confidentialité de la

²⁶⁸ MARCEAU (G.), PEDERSEN (P.), « 1999, Is the WTO Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the WTO with Non-governmental Organisations and Civil Society's Claims for more Transparency and Public Participation », *op. cit.*, p. 44.

²⁶⁹ GONGO est l'acronyme anglais de « Governmentally Organized Non-Governmental Organizations » dans NAIDOO (K.), « Civil Society, Governance and Globalisation: The World Bank and Civil Society », *Transnational Associations*, vol 55, n° 3, 2003, p. 177.

²⁷⁰ ABDEL MONEIM (Y.), *Les contentieux commerciaux au sein de l'OMC et le mécanisme de règlement des différends*, *op. cit.*, pp. 58-59.

formation²⁷¹. Le problème de l'information confidentielle a été reconnu comme l'un des plus urgents, voire même l'un des problèmes les plus difficiles à résoudre.

Le Canada a proposé l'inclusion d'une nouvelle annexe au Mémoire d'accord qui permettrait aux parties de désigner des renseignements comme « Informations commerciales confidentielles (ICC, notre traduction) »²⁷². Ces ICC seraient alors limitées dans leur distribution à certains groupes de personnes ayant signé une déclaration de non-divulgence. Les rapports du Groupe spécial n'amènent pas à divulguer les ICC mais ils indiquent juste les conclusions dérivées de ces ICC. Enfin, les ICC devraient être détruites ou retournées après la fin de la procédure²⁷³. Cette présentation était probablement motivée par les premières expériences du Canada dans le cadre du Mémoire d'accord dans son différend avec le Brésil sur les subventions aéronautiques où le panel de l'OMC s'est trouvé face à deux mesures canadiennes considérées comme une conséquence directe de la décision du gouvernement du Canada de ne pas soumettre les renseignements demandés par le Brésil²⁷⁴.

Malgré le fait que les ONG aient dû faire face à de grands obstacles par rapport à la confidentialité des procédures au sein de l'OMC, ces difficultés n'ont pas été suffisantes pour les détourner de leurs missions. En effet, c'était à cause des conséquences désagréables de la confidentialité, voire l'absence de transparence et de démocratie, que les ONG se sont mobilisées pour établir l'utilité de leur intervention au sein de l'OMC. Et c'est grâce à la valeur ajoutée qu'elles apportent au niveau de la démocratie, de l'expertise et de la transparence des négociations et des procédures de règlement de conflit au sein de l'OMC que ces ONG ont pu renforcer leur légitimité (Section II).

²⁷¹ Selon l'article 18.2 du Mémoire d'accord, «les membres doivent considérer comme confidentielles, les informations présentées par un autre Membre au groupe spécial ou à l'Organe et considérées comme confidentielles. Une partie à un différend doit fournir aussi, sur la demande d'un autre membre, un résumé non confidentiel sur les informations incluses dans ses communications écrites qui peuvent être divulguées au public ».

²⁷² L'expression anglaise est « *Business Confidential Information* », (BCI).

²⁷³ Voir, TN/DS/W/41, no 3 (Canada).

²⁷⁴ Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (WT/DS70). voir « Next WTO Negotiating Round Must Clarify Dispute Settlement, Canadian Official Says », *International Trade Reporter*, vol. 16, no 14, 7 avril 1999.

Section II - Les facteurs favorables à l'interaction entre les ONG et l'OMC

Les ONG sont les représentants légitimes de la société civile qui souhaitent être impliquée de plus en plus dans les procédures de la prise de décision. Au niveau intergouvernemental, l'OMC représente un des cas où les décisions prises peuvent influencer directement la vie des peuples, d'où la légitimité, voire la nécessité de leur présence active et vigilante (Paragraphe II). Ainsi, le rôle des ONG au sein de l'OMC, et surtout au sein de l'ORD de cette organisation, est de constituer le lien entre les gouvernements et les peuples afin d'assurer une transparence (Paragraphe I) au niveau intérieur et extérieur.

Paragraphe I - La transparence comme facteur essentiel de l'intervention

Les ONG perçoivent l'OMC soit comme un fidèle partenaire, soit comme un adversaire. Elles cherchent donc activement à élargir et renforcer leurs relations avec l'institution²⁷⁵. Les raisons en sont diverses et peuvent être justifiées par des raisons relatives notamment à la transparence (A). Cette dernière, atout majeur de réussite, s'est focalisée récemment sur le « E- Transparence » (B).

A - Un manque sérieux de transparence à l'OMC

Une critique importante émise par les ONG vise le manque de transparence de l'OMC. Il y a lieu de souligner que les dispositions légales n'étaient pas encore en pleine maturité pour accueillir les ambitions exprimées par les ONG. La transparence est un souhait et un aspect important de tout système international car l'existence de règles bien claires détermine la manière dont le système va fonctionner et crée la confiance de la part des utilisateurs du

²⁷⁵ ROSA (P. B.), « Non-Governmental Organizations and the World Trade Organization: The Good Side and the Bad Side », *op. cit.*, p. 65.

système²⁷⁶. L'indifférence remarquée envers les acteurs privés amène l'OMC à perdre la réciprocité avec les ONG, dans la mesure où certains auteurs ont pu décrire les relations entre l'OMC et les ONG comme un « dialogue de sourds »²⁷⁷.

La publicité des procédures amène à renforcer la légitimité et la transparence de l'institution en question. Cependant le secret crée un genre de suspicion voire, de méfiance, si ce n'est, surtout en ce qui concerne l'OMC, les théories de la conspiration²⁷⁸. Pour cette raison, les audiences devant les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel devraient être ouvertes au public d'une façon ou d'une autre²⁷⁹, au moins, en prenant en considération quelques exceptions notamment dans l'hypothèse où les parties s'opposent formellement à la publicité ou quand des motifs graves et particuliers liés notamment à des raisons de sécurité imposent le huis clos. L'affaire Canada- Maintien de la suspension d'obligation dans le différend CE – hormones instaure un précédent jurisprudentiel historique. Le Groupe spécial, suite à la demande des parties, a « décidé que les réunions des Groupes spéciaux auxquelles les parties sont invitées à comparaître seront ouvertes au public, qui pourra les suivre grâce à une diffusion par télévision en circuit fermé. La réunion des Groupes spéciaux avec les tierces parties restera privée »²⁸⁰. La première audience publique a eu lieu le 12 septembre 2005²⁸¹. Il en découle que la confidentialité est restée le principe et que la publicité des procédures reste l'exception selon le cas.

Le simple fait de disposer des informations sur le contenu du contentieux, l'identité des acteurs et le moment de la prise de décision permettrait aux acteurs extérieurs d'évaluer les décisions prises et, ainsi, par le biais des informations transmises aux ONG, d'assurer une plus grande compréhension du rôle de l'OMC perçu par la société civile et de réduire certaines critiques non fondées.

²⁷⁶ LAIDHOLD (M.), « Private Party Access to the WTO: Do Recent Developments in International Trade Dispute Resolution Really Give Private Organizations a Voice in the WTO? », *Transnational Law*, vol. 12, 1999, p. 433.

²⁷⁷ O'BRIEN (R. J.), SCHOLTE (J. A.), WILLIAMS (M. A.), « WTO and Civil Society », *Journal of World Trade*, vol. 33, n° 1, 1999, p. 119.

²⁷⁸ KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du Droit international public*, op. cit., p. 187.

²⁷⁹ OMC, Conseil consultatif, « L'avenir de l'OMC: relevé les défis institutionnels du nouveau millénaire », Genève, OMC, 2004.

²⁸⁰ WT/DS320/8, WT/DS321/8 d'août 2005. « We have decided that the panel meetings to which the parties are invited to appear will be open for observation by the public through a closed-circuit TV broadcast. The meeting of the Panels with the third parties will remain closed as not all the third parties have agreed to have it open for observation by the public ».

²⁸¹ http://www.wto.org/french/news_f/news05_f/openpanel_12sep_f.htm.

En conséquence, l'OMC a adopté des mesures concrètes pour devenir plus transparente et plus accessible aux ONG. En 1995, grâce à une politique moderne d'information, a été inauguré le lancement d'un site web à travers le monde (<http://www.wto.org>)²⁸². En Juillet 1996, l'OMC a publié un ensemble de «lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales et pris un engagement renouvelé en faveur de la transparence », en partie en appuyant les moyens de communication avec les ONG²⁸³.

Dans sa décision sur la transparence du 18 juillet 1996, le Conseil Général précise qu' « en arrêtant (L'article V §2), 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 »²⁸⁴. Ce passage montre la nature de la relation que l'OMC souhaite avoir avec les ONG. Ces rapports ne sont envisagés que dans la mesure où ils pourront mieux informer le public des activités de l'OMC. Cette nouvelle orientation vise à faire taire les critiques qui dénoncent le manque d'information entourant l'activité de l'organisation²⁸⁵. À cette occasion le Comité de l'OMC sur le commerce et l'environnement a organisé des séminaires auxquels les ONG environnementales ont été invitées. Pourtant, le passage rapide d'une transparence quasi inexistante du GATT vers une transparence excessive doit être bien analysé de manière rationnelle.

Malgré les efforts encourageants du Conseil général de l'OMC, les réunions du Comité et les séances de règlement des différends n'étaient pas accessibles au public. De plus, les procès-verbaux de ces réunions n'étaient pas publiés. Ainsi, les organisations non gouvernementales n'ont pas pu avoir le droit de faire des présentations ou encore de soumettre des observations écrites sur les questions en débat. Le Mémoire d'accord sur le règlement des différends

²⁸² Le site officiel, www.wto.org (Les francophiles remarqueront que l'adresse www.omc.org n'est pas opérante), est un élément de communication primordial. L'ONG britannique (One World Trust) a classé l'OMC troisième sur dix-huit concernant l'accès à l'information en ligne. Le site Internet de l'OMC est globalement l'un des mieux réussis. Une comparaison entre les rubriques dédiées à l'ORD et le site de la CIJ est pertinente, Ce dernier est en effet des plus basiques. En effet, il y a des raisons historiques à ce retard : l'OMC, née dans les années 1990, est un enfant de l'ère de la nouvelle économie ; la CIJ est une grande dame : ses premières décisions datent d'une époque où le terme « micro-informatique » n'était pas encore connue ; les décisions de l'OMC ont été rédigées dès l'origine sur ordinateur, leur mise en ligne n'est qu'une affaire de secondes. Voir KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du Droit international public*, *op. cit.*, pp. 185-186.

²⁸³ CHARNOVITZ (S.), « Participation of Non-governmental Organizations in the World Trade Organization », *op. cit.*, pp. 332-334.

²⁸⁴ Décision adoptée par le Conseil général le 18 juillet 1996, WT/L/162, 23 juillet 1996, voir le site : http://www.wto.org/french/forums_f/ngo_f/guide_f.htm

²⁸⁵ KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du Droit international public*, *op. cit.*, p. 185.

insiste sur le caractère confidentiel, voire privé, des travaux des Groupes Spéciaux²⁸⁶. De plus, les procédures de travail de l'Organe d'appel confirment de manière répétitive le caractère confidentiel de l'ensemble de la procédure²⁸⁷. En effet, les décisions du groupe spécial des différends ne sont pas rendus publiques avant que le Conseil général n'adopte la décision²⁸⁸.

Malheureusement, il convient de noter qu'un grand nombre de négociations se déroulent dans les couloirs de l'OMC et dans des réunions informelles « derrière des portes closes »²⁸⁹. Ainsi, pour de nombreuses décisions importantes, peu de documents sont disponibles, de ce fait, la seule amélioration de la transparence ne permettrait pas aux ONG d'être régulièrement informées de l'avancée des processus de prise de décision.

Après avoir examiné l'importance de la transparence et de l'ouverture des procédures et des conférences de l'OMC, nous allons aborder dans un second paragraphe la transparence au niveau des relations extérieures de l'OMC (B).

B - La transparence dans les relations extérieures de l'OMC

Après Seattle, de nombreux responsables de l'OMC se sont rendus compte que des améliorations étaient nécessaires tant dans le processus interne de la décision de l'OMC que dans ses relations extérieures. Le premier est maintenant appelé « I-Transparence » et le second « E-transparence ». L'ancien Directeur général de l'OMC, M. Moore, a travaillé sur les deux branches. Concernant l'E-transparence, une de ses initiatives les plus importantes a été d'améliorer les compétences du personnel du Secrétariat des relations extérieures, qui communiquent avec les ONG de façon quotidienne²⁹⁰.

²⁸⁶ Son appendice 3, alinéa 2 dispose : « Le groupe spécial se réunira en séance privée. Les parties au différend, et les parties intéressées, n'assisteront aux réunions que lorsque le groupe spécial les invitera ».

²⁸⁷ KIEFFER (B.), *op. cit.*, p. 187.

²⁸⁸ ESTY, (D. C.), « Non-governmental Organizations at the World Trade Organization: Cooperation, Competition, or Exclusion », *op. cit.*, p. 125.

²⁸⁹ ROBERTSON (D.), « Civil Society and the WTO », *The World Economy*, vol. 23, n° 9, 2000, p. 1125.

²⁹⁰ CHARNOVITZ (S.), « Opening the WTO to Non-Governmental Interests », *op. cit.*, pp. 11-12.

En Novembre 2000, le Conseil général a discuté à propos de la transparence externe. Aucune décision n'a été prise, mais plusieurs gouvernements ont fait savoir leur opposition à toute implication plus conséquente des ONG. Par exemple, Hong Kong a affirmé que la participation directe de la société civile à l'OMC n'est pas souhaitable car elle risque de politiser les opérations de l'Organisation sectorielle en raison des intérêts électoraux²⁹¹. La Colombie a expliqué qu'au niveau du système multilatéral, il était nécessaire que la responsabilité de l'État soit maintenue en ce qui concerne les positions et les propositions adoptées. L'ingérence des ONG n'est donc pas favorablement accueillie et perturbe le fonctionnement du principe de la responsabilité étatique. D'autre part, quelques gouvernements ont appelé à accroître d'avantage l'« *E-transparency* ». Le Canada a proposé l'ouverture des questions d'examen des politiques commerciales aux observateurs accrédités²⁹². Le Canada a également suggéré de tester d'autres formes de transparence, tels que tenir de petits dialogues entre les gouvernements, les universitaires et les ONG pour discuter de questions précises, et autoriser le Secrétariat à créer des conseils consultatifs pour les questions comme le commerce électronique. Les États-Unis ont demandé une plus grande transparence dans le règlement des différends de l'OMC et ont suggéré que le manque d'ouverture rend plus difficile le règlement des différends²⁹³.

En Octobre 2000, l'Australie a demandé à l'OMC de faire circuler deux déclarations non-gouvernementales préconisant une plus grande libéralisation du commerce agricole, une position conforme à celle du gouvernement australien²⁹⁴. Les déclarations provenaient des dirigeants du groupe de Cairns des exploitations agricoles et Alliance mondiale pour la réforme de la libéralisation du commerce du sucre. Le groupe dirigeant de Cairns Farms regroupe des associations agricoles dans onze pays couvrant l'Amérique du Nord, l'Amérique centrale, l'Amérique du Sud, l'Asie de l'Est et l'Afrique du Sud. Ils partagent un intérêt commun à assurer une meilleure réglementation agricole dans l'OMC.

En Novembre 2000, le commissaire chargé du commerce dans l'Union européenne M. Pascal Lamy a donné un discours percutant sur l'OMC dans lequel il a souligné

²⁹¹ External Transparency, General Principles, Communication from Hong Kong, China, WT/GC/W/418 (Oct. 31, 2000).

²⁹² See External Transparency, Informal Paper by Canada, WT/GC/W/415 (Oct. 17, 2000).

²⁹³ General Council Informal Consultations on External Transparency, Submission from the United States, WT/GC/W/413/Rev.1 (Oct. 13, 2000).

²⁹⁴ Cairns Group Farm Leaders Presentation to Cairns Group Ministers, Communication from Australia, WT/L/368 (Oct. 30, 2000). See also Global Alliance for Sugar Trade Reform and Liberalisation, Communication from Australia, WT/L/367 (Oct. 30, 2000).

que « l'Internet a rendu le marché des idées politiques interactif » et que cela permet aux ONG de s'engager dans des débats en temps réel, à travers des réseaux sans frontières²⁹⁵. En conséquence, dit-il, les décideurs ont perdu tout monopole dans la fixation de l'ordre du jour du commerce international, si jamais ils en avaient un. Lamy n'a pas examiné les implications de cette perspective pour l'organisation de l'OMC, sauf pour appeler à un large débat public impliquant « les décideurs politiques à différents niveaux de gouvernance (National, régional et international), les parlementaires, les entreprises, le commerce, les syndicats et les ONG ».

Fin 1999 et en 2000, le Directeur général, M. Moore, a utilisé son discours pour préciser les fondements institutionnels de l'OMC et ses relations avec le public. Il a expliqué que l'OMC n'est pas un gouvernement supranational, mais plutôt une organisation dont les décisions sont prises par les États membres et dont les accords sont ratifiés par les parlements²⁹⁶. En outre, il a fait valoir que l'OMC est un processus démocratique nécessaire : si l'OMC n'existait pas, les nations auraient besoin d'un forum dans lequel les gouvernements pourraient négocier les règles, les ratifier par les parlements nationaux, favorisant la libéralisation des échanges et proposer un processus transparent et un cadre prévisible pour les entreprises »²⁹⁷.

Dans un autre discours, il a affirmé que l'OMC est sur le bon chemin en indiquant que « notre mission doit être de faire en sorte que les peuples et les parlements dominent le commerce international, en d'autres termes que les citoyens sont les maîtres de la mondialisation et non ses employés »²⁹⁸. Notant que l'OMC avait déjà approuvé quatre nouveaux membres en 2000, Mike Moore se vantait que « quelques milliers de manifestants peuvent manifester contre l'OMC, mais 18 millions de personnes ont adhéré à l'OMC cette année ». Il a ainsi minimisé le phénomène des manifestations.

En somme, la transparence au niveau des relations extérieures de l'OMC constitue un élément qui joue en faveur de la participation des ONG dans les travaux de l'OMC en tant qu'intervenants et experts, et en même temps, en tant qu'agents de contrôle et de surveillance. Dans le paragraphe suivant nous verrons la valeur de l'intervention des ONG dans

²⁹⁵ Traduit par nos soins: (...) *The internet has made the market for political ideas contestable" and this enables NGOs to engage in "borderless, real time networking.* Pascal Lamy - Challenges Confronting the World Trade System Today. European Foreign Affairs Revue, Nov. 8, 2000

²⁹⁶ Press Release, WTO, The WTO is Not a World Government and No One Has Any Intention of Making It One, Moore Tells NGOs, Press/155 (Nov. 29, 1999).

²⁹⁷ Mike Moore, The Backlash against Globalization, Address before Liberal International, le discours a eu lieu le 26 Octobre 2000 à Ottawa.

²⁹⁸ Mike Moore, Un discours qui a eu lieu le 09/02/2000 pendant le 11th International Military Chiefs of Chaplains.

l'accroissement de la légitimité de l'organisation ainsi que comme une source importante d'expertise (Paragraphe II).

Paragraphe II - Les résultats positifs favorisant l'interaction entre les ONG et l'OMC

La reconnaissance des Organisations non gouvernementales en tant que partenaires des Organisations internationales n'est pas sans raison. Celles-ci apportent un plus à la transparence grâce à leur expertise et leur expérience de terrain (B). Elles assurent aussi le lien entre la société civile et les peuples d'une part et les gouvernements regroupés dans ces organisations soutenant ainsi la légitimité de ces dernières (A).

A - La légitimité comme facteur primordial de l'intervention

La légitimité constitue, sans doute, la pierre angulaire dans les relations économiques internationales. Elle permet la valorisation d'une organisation à l'échelle internationale. Par conséquent, la théorie du déficit démocratique suppose que plus un pouvoir est centralisé dans une organisation, moins les acteurs privés auront les moyens d'affecter ces actions²⁹⁹.

La notion de légitimité au niveau international va être approfondie (1). Nous allons ensuite aborder dans un second paragraphe l'évolution de cette légitimité (2)

²⁹⁹ LAIDHOLD (M.), « Private Party Access to the WTO: Do Recent Developments in International Trade Dispute Resolution Really Give Private Organizations a Voice in the WTO? », *op. cit.*, p. 432.

1 - La notion de légitimité à l'échelle internationale

Selon Kumi Naidoo, « la légitimité ne peut pas être considérée comme définitivement acquise et doit être continuellement méritée »³⁰⁰. Dans l'OMC où « les décisions ne sont pas uniquement appliquées aux États membres, mais elles touchent en réalité les individus »³⁰¹, les États peuvent souverainement agir sans tenir compte des demandes de leurs sociétés civiles respectives. Cependant, contrairement au système du GATT qui ne donne pas assez d'importance aux décisions prises, le rôle de l'OMC est tellement primordial aujourd'hui à l'échelle internationale qu'on ne peut pas accepter une absence de légitimité, comme en démontrent les violentes manifestations contre la Conférence ministérielle de Seattle³⁰².

Robert Keohane et Joseph Nye Jr. assimilent la « légitimité » avec les notions de démocratie et de responsabilité. Ils affirment que « dans le monde contemporain, les normes démocratiques sont de plus en plus appliquées à des institutions internationales comme un test de leur légitimité »³⁰³. Les gouvernements démocratiques, affirment-ils, « sont jugés à la fois sur les procédures qu'ils appliquent (inputs) et sur les résultats qu'ils obtiennent (outputs) »³⁰⁴. En ce qui concerne les inputs, ils affirment que les questions clés sont la responsabilité et la transparence des procédures du processus de prise des décisions. La légitimité des organisations internationales, ainsi que des gouvernements, dépend aussi du suivi de l'efficacité d'outputs de fond.

Keohane et Nye ne reconnaissent que les modèles nationaux, ou même européens de démocratie, qui ne s'appliquent pas aux organisations internationales. En effet, ces dernières ne sont pas une entité politique cohérente. Ils recommandent néanmoins qu'un lien politique officiel soit établi entre les organisations internationales et les individus à l'intérieur de la société civile³⁰⁵.

³⁰⁰ HOUGET (J. W.), « La Participation des ONG au Mécanisme de Règlement des différends de L'OMC: Une Perspective Environnementale », *op. cit.*, p. 132.

³⁰¹ CHARNOVITZ (S.), « Opening the WTO to Non-Governmental Interests », *op. cit.*, p. 184.

³⁰² *Ibid.*, p. 181.

³⁰³ STEGER (D. P.), « The Struggle for Legitimacy in the WTO », in *Peace Through Trade: Building the WTO*, London, Cameron, Mai 2004, p. 115.

³⁰⁴ KEOHANE (R.), S. NYE (J.), « The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy », in PORTER (R.), SAUVE (P.), SUBRAMANIAN (A.), ZAMPETTI (A.), eds., *Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium*, Washington D.C, Brookings Institution, 2001, pp. 278-280.

³⁰⁵ *Ibid.*, pp. 281-282.

Robert E. Hudec, éminent juriste et spécialiste du GATT et de l'OMC, s'est demandé si l'OMC est une institution de gouvernance, distincte des gouvernements qui la composent. Il soutient que l'OMC est d'abord et avant tout une organisation internationale et, en tant que telle, les définitions de la légitimité appliquées à elle ne peuvent pas être semblables à celles appliquées aux gouvernements nationaux. Il ajoute aussi que l'accord de l'OMC lui-même constitue également un système international composé de règles renforcées par un régime automatique et contraignant dans le cadre du règlement des différends³⁰⁶.

Thomas M. Franck, dans son livre, « *The Power of Legitimacy Among Nations* »³⁰⁷, étudie les propriétés de la « légitimité »³⁰⁸, quand elles s'appliquent aux systèmes de règles internationales. Il définit la « légitimité » dans ce contexte comme « une entité régie par une règle établie par un organe décisionnel qui s'exerce avec une incitation à se conformer à ces adresses³⁰⁹, parce que ces derniers croient que la règle ou l'institution fonctionne selon des principes juridiques universels reconnus »³¹⁰.

En élaborant son hypothèse, Franck définit et examine quatre indicateurs de légitimité applicables dans « la communauté des États »: la déterminabilité, la validation symbolique, la cohérence et l'adhésion. Sa théorie affirme en outre, que dans la mesure où une règle ou un processus de règles possède ces quatre propriétés, il va exercer une forte attraction sur les États pour se conformer.

La déterminabilité d'une règle est définie par son sens textuel « clarté » ou « Transparence », celle qui clarifie son message. Franck reconnaît cependant que le degré de clarté d'une règle peut refléter le degré d'accord entre les négociateurs. Même les règles textuellement vagues ou opaques peuvent être déterminantes, dit-il, par un processus de clarification qui lui-même est aperçu comme légitime, comme auprès du tribunal ou dans le cadre du processus de règlement des différends internationaux³¹¹.

³⁰⁶ STEGER (D. P.), *op. cit.*, p. 117.

³⁰⁷ FRANCK (T. M.), *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, pp. 47-50.

³⁰⁸ He defines "legitimacy" in this context as: "a property of a rule or rule-making institution which itself exerts a pull toward compliance on those addressed normatively because those addressed believe that the rule or institution has come into being and operates in accordance with generally accepted principles of right process".

³⁰⁹ Ceux qu'elle vise par le mot adresses, précise Franck, pourraient inclure « les nations, international organisations, des élites dirigeantes, et, à l'occasion, les sociétés multinationales et la population mondiale ».

³¹⁰ Cette citation traduit par les soins de l'auteur.

³¹¹ FRANCK (T.M.), *The Power of Legitimacy Among Nations*, *op. cit.*, pp. 52-56.

La validation symbolique représente la diversité culturelle et la dimension anthropologique de la légitimité qui communique la « validité » ou l'« authenticité » d'une règle ou d'un établissement de règles. « Rituels » et « pedigree » sont des formes de validation symbolique, qui font partie de la stratégie de légitimation de toutes les communautés ou systèmes encadrés par des règles³¹².

La cohérence, d'après Franck, est différente de la « consistance », qui se rattache à une règle de « connexité » ou un « lien » entre les principes rationnels d'application générale. La cohérence légitime est une règle, un principe ou une institution d'application car elle fournit un lien raisonnable entre une règle, ou l'application d'une règle générale, et ses buts et ses principes ; ses solutions précédemment trouvées avaient pour but de résoudre des problèmes similaires, et un ensemble de mécanismes appliqués pour résoudre des problèmes différents. La cohérence s'applique tant au niveau interne entre les diverses parties et les objectifs de la règle qu'au niveau externe entre une règle et d'autres règles, par le biais de principes communs. En examinant la cohérence et ses effets sur la perception de la légitimité d'un système, Franck suppose qu'il existe une « communauté » des nations avec un système de principes, des règles et des processus décisionnels.

Enfin, l'adhésion, c'est ce qui transforme une communauté internationale en un système de règles. Franck définit l'adhésion comme étant le lien vertical entre une règle primaire imposant une obligation et une hiérarchie des règles secondaires qui identifient les sources de la règle et établissent des critères normatifs qui assurent la manière par laquelle les règles doivent être faites, interprétées et appliquées.

Les règles primaires, qui sont essentiellement des arrangements *ad hoc* entre les parties, n'engendreront pas une incitation à se conformer à moins qu'elles ne soient renforcées par une hiérarchie de règles secondaires qui définissent une procédure équitable dans le système juridique. Au contraire, une règle sera plus coercitive si elle est faite dans le cadre d'une hiérarchie normative organisée, plutôt que si elle résulte d'un simple accord naturel *ad hoc* entre les parties.

Franck croit que la déterminabilité, la validation symbolique, la cohérence et l'adhésion fournissent un cadre pour l'évaluation de la légitimité de l'OMC en tant que système de règles internationales. Par exemple, nous pouvons évaluer la mesure dans laquelle le système

³¹² *Ibid.*, p. 53.

juridique de l'OMC exerce un pouvoir coercitif sur les États membres, nous pouvons aussi examiner les règles applicables à l'OMC dans le processus de règlement des différends et nous pouvons pareillement analyser les outputs du système, en évaluant la qualité et la cohérence des décisions de règlement des différends interprétant les règles.

Nous avons abordé dans cette partie de notre travail la définition et le contenu de la légitimité au niveau international, et en particulier au sein de l'OMC. La partie suivante sera consacrée à l'étude du développement successif du contenu de cette légitimité (2).

2 - Le développement du contenu de la légitimité

Le concept de la légitimité est développé successivement durant des années. Même la légitimité de l'OMC a été remise en question. L'acceptation publique de l'autorité et des décisions qui proviennent de l'Organisation mondiale du commerce ne peut plus être prise pour acquis dans de nombreux pays.

La légitimité est un concept complexe dans le contexte de la gouvernance. Elle peut être issue des élections et des votes à la majorité pour les représentants qui reflète la volonté politique d'une communauté³¹³. Alternativement, les gouverneurs peuvent avoir l'autorité et l'accord public fondé sur la raison et l'efficacité des résultats qu'ils génèrent. La souveraineté populaire et l'efficacité sont dans une certaine mesure fongibles. Ainsi, certains gouvernements maintiennent leur domination sur le pouvoir parce qu'ils continuent à gagner des élections, même si leurs résultats dans les bureaux ne sont pas importants comme c'est le cas des régimes politiques en Argentine au cours des derniers siècles. Dans d'autres cas, il existe des gouvernements nommés démocratiquement mais qui perdent le pouvoir comme c'est le cas de Singapour. Malgré le soutien public et la reconnaissance de l'efficacité de leurs actions, plusieurs gouvernements n'ont pas pu être réélus³¹⁴.

En règle générale, les gens semblent plus disposés à céder les pouvoirs aux experts de prise de décision dans les domaines qui sont perçus comme techniques ou scientifique. Le peuple

³¹³ *Ibid.* p. 54.

³¹⁴ ESTY, (D. C.), « The World Trade Organization's Legitimacy Crisis », *op. cit.*, p. 9.

américain, par exemple, a semblé tout à fait disposé à laisser la politique monétaire entre les mains des dirigeants peu démocratiques de la réserve fédérale sous la direction d'Alan Greenspan à la condition que l'économie reste forte³¹⁵.

La légitimité a également une dimension systémique. L'autorité d'un organe particulier de la prise de décision dépendrait non seulement de la responsabilité électorale de ceux qui prennent des décisions ou de la rationalité des choix perçus qui émergent, mais aussi de la souveraineté populaire et de l'efficacité de l'ensemble du système dans lequel une entité de prise de décision est disposée³¹⁶. Ainsi, par exemple, la Cour suprême américaine possède un haut degré de légitimité, bien que ses juges ne soient pas élus et que ses décisions semblent parfois en deçà de la pleine rationalité. Mais la Cour suprême des États-Unis est intégrée dans une structure plus large comprenant des mesures législatives, exécutives et d'organes de décision judiciaire qui fournissent un réseau dense de contrôles et de contrepouvoirs « *checks and balances* ». Pris dans son ensemble, ce système fournit une connexion assez forte entre les citoyens américains et leurs politiques ou leaderships et offre généralement des bons résultats au fil du temps³¹⁷.

Jusqu'à récemment, le régime commercial a bénéficié d'une impression que l'économie internationale et l'élaboration des politiques commerciales ont été des domaines très techniques qu'il vaut mieux laisser entre les mains d'un corps d'élite d'experts qualifiés. Il semblait que les liens entre les responsables nommés du commerce au niveau national et international et les gouvernements élus étaient solides. Mais les perceptions du public à propos du commerce et de l'élaboration des politiques commerciales ont changé. Le commerce n'est plus considéré comme un domaine politique inconnu qu'il vaut mieux laisser aux experts techniques. Au lieu de cela, les questions commerciales et les initiatives sont désormais devenues une préoccupation majeure des citoyens et la discussion de ces sujets s'est répandue à travers le monde. La fonction du régime commercial ne s'appuie plus seulement sur une rationalité technocratique et des réalisations pures.

De nos jours, la légitimité est basée sur la vraie souveraineté publique. L'OMC a donc besoin d'un nouveau pilier pour sa légitimité. L'organisation a besoin de rétablir sa réputation

³¹⁵ Il sera intéressant de voir si cette acceptation de l' «expert» de contrôle sur un domaine important de la politique se poursuit avec une économie chancelante.

³¹⁶ HURD (I.), « Legitimacy and Authority in International Politics », *International Organization*, vol. 53, 1999, pp. 385-390.

³¹⁷ ESTY, (D. C.), *op. cit.*, p. 10

d'efficacité et d'établir de nouvelles connexions avec les peuples du monde entier au nom d'une politique commerciale moderne. Il s'agit de renforcer l'ensemble de la structure institutionnelle de contrôle et d'équilibre « *checks and balances* » au sein de l'OMC³¹⁸.

Daniel Esty voit le monde plus granulaire. Selon lui, la légitimité n'est pas simplement une fonction de la souveraineté populaire et de la prise de décision par vote à la majorité. Les institutions obtiennent également une légitimité et une autorité en raison de leur capacité à fournir des bons résultats et de leurs liens systématiques avec d'autres institutions « *checks and balances* » ce qui enrichit la légitimité obtenue par des élections démocratiques. L'OMC doit aller de l'avant sur tous ces fronts.

Les connexions doivent être améliorées à l'échelle nationale et locale avec les citoyens à travers le monde, en particulier avec les organisations non gouvernementales (ONG) qui peuvent fournir un degré de réseau social reliant tous les citoyens³¹⁹. De plus, les ONG peuvent transmettre des informations provenant de l'OMC vers leurs électeurs, assurant une meilleure compréhension par le peuple du fonctionnement du régime commercial. L'OMC pourrait aussi se rapprocher plus directement des politiciens au niveau national. Une idée serait d'établir des réunions régulières de l'ensemble des législateurs afin de discuter la performance de l'OMC. Alors que l'OMC ne peut pas obtenir la pleine crédibilité engendrée par des dirigeants élus directement, les débats politiques avec les nations et les interactions intellectuelles entre eux peuvent enrichir sa légitimité.

L'OMC doit se concentrer sur ses principales activités de libéralisation des échanges. En s'abstenant de jouer son rôle actuel de règlement des différends, l'OMC ne peut pas rétablir sa réputation d'autorité, d'efficacité et d'équité. Chaque fois que cela est possible, l'OMC devrait éviter de prendre des décisions qui sont considérées comme allant au-delà de son champ d'application du commerce. Sa légitimité serait renforcée dans la mesure où les problèmes environnementaux, par exemple, pourraient être redirigés vers une organisation mondiale à vocation environnementale.

³¹⁸ ESTY, (D. C.), « The World Trade Organization's Legitimacy Crisis », *op. cit.*, p. 10

³¹⁹ Certains opposants à une OMC plus ouverte craignent qu'une présence accrue des ONG au sein de l'OMC expose l'organisation à de plus grandes pressions d'intérêts spéciaux et aggrave le déséquilibre entre le Nord et le Sud en raison de la supériorité d'ONG du Nord. Pourtant, la logique fonctionne dans l'autre sens. Les ONG du Nord critiquent largement leurs gouvernements, ce qui améliore les déséquilibres existants. Voir, NICHOLS (P. M.), « Participation of Nongovernmental Parties in the World Trade Organization », *op. cit.*, pp. 295-330.

La raison, comme un élément essentiel de la légitimité de l'OMC, dépend aussi de sa perception de l'équité et de l'engagement pour la justice. L'équité se divise en deux branches : procédurales et substantives. Un des principes fondamentaux de l'équité procédurale est l'ouverture : l'identification de celui qui prendra les décisions, la divulgation des hypothèses sur lesquelles le processus tourne, l'explication des valeurs, l'influence et les sources d'information qui sont mises à profit. L'équité procédurale exige également des possibilités appropriées pour les parties intéressées à contribuer au processus de décision ainsi que des garanties pour que les intérêts spéciaux ne soient pas en mesure de manipuler les résultats. L'équité substantive est une fonction de cohérence entre les circonstances et le temps ainsi que les changements de comportements de la communauté en ce qui concerne les valeurs et les traditions. L'institution doit se montrer capable de trouver un équilibre entre le commerce et les autres valeurs (par exemple les préoccupations environnementales)³²⁰.

La prise de décision de l'OMC serait également renforcée dans la mesure où elle serait comprise dans une structure plus vaste de contrôles réciproques et de contrepouvoirs (check and balances). Les institutions tirent la force en coopérant et concourant avec des systèmes plus vastes dont elles font partie. Une telle architecture serait dotée d'un système multi-niveau de la gouvernance internationale qui engendre une concurrence verticale entre national et international. En même temps, l'OMC gagnerait le renforcement de sa légitimité par des liens horizontaux renforcés avec les autres organisations internationales et organismes qui ont une autorité politique et une certaine légitimité.

Nous remarquons que l'ancien courant ne semble pas suffisamment représentatif. Par exemple, l'exclusion de Seattle de la plupart des représentants des pays en développement des chambres « vertes », et un cercle restreint de pays clés ont réellement dévoilé l'insuffisance de légitimité au sein de l'OMC. Cette crainte pourrait être partiellement compensée par un élargissement des liens avec les ONG, mais une limitation de cette évolution existe. En effet, les ONG ne sont qu'une expression parmi d'autres de la société civile et ne peuvent de ce fait représenter le point de vue de cette dernière en intégralité.

L'OMC est capable de retrouver une large acceptation des citoyens en ce qui concerne sa légitimité. Mais une restructuration des règles de fond du régime commercial et des procédures sera nécessaire.

³²⁰ ESTY, (D. C.), « The World Trade Organization's Legitimacy Crisis », *op. cit.*, p. 18.

Dans le sous-paragraphe suivant, nous allons aborder l'importance de l'intervention des ONG au sein de l'OMC vis-à-vis de l'expertise amenée à ses organes (B).

B - Le besoin croissant à l'OMC des expertises et des relations apportées par les ONG

Au delà de l'expertise (1), la présence effective des ONG en tant que contributeurs aux travaux de l'OMC apporte un ajout important au niveau des réseaux publics (2).

1 - Les ONG, une source importante d'expertise

À n'importe quelle phase du processus de la prise de décision, à la Conférence ministérielle, au Conseil général et dans les divers comités ou groupes de négociation, ou lors du règlement des différends examinés par les Groupes spéciaux, ou par l'Organe d'appel, il est envisageable que les ONG puissent faire profiter ces organes de leur expertise et de leurs compétences techniques et scientifiques. Les questions relatives à l'environnement montrent également le besoin de faire appel aux ONG, car il existe dans ce domaine une incertitude et une complexité technique immense³²¹.

Les ONG peuvent toujours aider l'OMC à être plus juste, plus souple, plus représentative et plus efficace³²². Historiquement, les ONG ont contribué à l'efficacité des organisations internationales dans le contexte du système commercial international. L'efficacité des conseils et de l'expertise qu'elles fournissent est due à leur proximité du public et à la relation directe et pragmatique qu'elles maintiennent avec le terrain et les acteurs locaux³²³. Les organisations

³²¹ ESTY, (D. C.), « Linkages and Governance: NGOs at the World Trade Organization », *Journal of International Economic Law*, vol.19, n° 3, 1998, pp. 720-728.

³²² ESTY, (D. C.), « Non-governmental Organizations at the World Trade Organization: Cooperation, Competition, or Exclusion », *op. cit.*, p. 128.

³²³ FRENCH (H.), « *The Role of Non-State Actors* », in WERKSMAN (J.), éd., *Greening International Institutions*, London, Earthscan, 1996, pp. 251-254.

non gouvernementales fournissent également une surveillance accrue et un contrôle dynamique et efficace. Des groupes de citoyens bien informés peuvent agir comme « chiens de garde » des gouvernements au niveau national à travers l'élaboration de rapports sur l'impact du droit économique international sur leur vie³²⁴.

Dans de nombreux cas, les ONG sont mieux placées en tant que concurrents intellectuels des gouvernements. De fait, ces organisations ont souvent les compétences techniques pour pouvoir plonger dans les questions du débat. Leur capacité à être des contributeurs efficaces et utiles dans l'élaboration des politiques nationales et internationales constitue le repère de leur succès sur la scène internationale, et par conséquent la possibilité d'être reconnues comme des partenaires crédibles et avantageux³²⁵.

En outre, les ONG sont souvent plus réactives que les gouvernements pour détecter de nouvelles questions et dans le déplacement rapide et dynamique de leurs ressources pour répondre aux questions urgentes. Dans un monde idéal, les gouvernements pourraient réévaluer régulièrement leur politique afin d'être bien placés pour apporter des idées nouvelles de façon proactive. Cela aurait rendu le rôle des ONG inutile. Mais dans le monde réel, la déficience gouvernementale dans ce domaine est claire. Ainsi, le rôle de surveillance des politiques de l'État assumé par les ONG, s'impose comme un signe d'alerte qui pousse les gouvernements à être plus rigoureux et plus transparents dans l'élaboration et l'application de leurs politiques.

De plus, si les ONG avaient été autorisées à surveiller les procédures décisionnelles au sein de l'OMC, elles auraient pu, à travers leurs expériences et leurs compétences, aider à diffuser des informations utiles sur les politiques et les phénomènes économiques en question au cours des discussions. Si l'occasion leur était donnée, elles pourraient également ajouter à la base de connaissances du Secrétariat de l'OMC et des représentants des gouvernements beaucoup de renseignements et d'informations utiles.

Étant une organisation qui s'occupe principalement des questions du commerce international, l'OMC n'est pas censée être qualifiée et capable dans tous les domaines qui pourront surgir au cours des débats. Le besoin des ONG au sein de l'OMC est évident, non

³²⁴ ESTY, (D. C.), « Non-governmental organizations at the World Trade Organization: cooperation, competition, or exclusion », *op. cit.*, pp. 134-135.

³²⁵ ESTY, (D. C.), *ibid*, p. 136.

seulement pour bénéficier de leurs expertises sur le terrain, mais aussi de leurs réseaux professionnels (2).

2 - Une capacité incontournable de créer des réseaux de relations avec tous les acteurs

Il est évident que les relations entre l'OMC et les gouvernements et leurs représentants sont indispensables et utiles, mais cela ne veut pas dire, en aucun cas, que l'interaction avec les peuples se produit uniquement par l'intermédiaire des gouvernements nationaux.

Les réseaux créés par les différentes organisations non-gouvernementales avec des acteurs privés ou autres ONG locales aideraient à mieux écouter les voix des entités privées à l'échelle mondiale. En outre, les États sont des représentants incertains de l'opinion publique, car ordinairement ils reflètent une seule voix en négligeant les points de vue des minorités. L'intervention des ONG au sein de l'OMC assure que les opinions des minorités trouvent un écho à l'échelle internationale.

De plus, l'ONG peut jouer le rôle de médiateur entre les gouvernements par la création de nouveaux espaces pour discuter les points controversés. Un autre rôle important qui peut être joué par les ONG au niveau national et international est celui de transmettre les informations des activités se déroulant à l'échelle mondiale aux citoyens au niveau national. Alors les entités privées restent toujours conscientes de jouer un rôle au niveau international³²⁶.

Avec un meilleur accès aux documents et aux réunions, les ONG seraient également en mesure d'examiner et de critiquer la performance de l'OMC³²⁷. Bien que cela ne semble pas intéressant pour ceux de Genève, la plus-value des ONG est maintenant largement appréciée. Il serait donc dans l'intérêt public que les ONG examinent soigneusement les décisions de l'OMC et les analysent afin de veiller à ce que les orientations les plus avantageuses soient privilégiées.

³²⁶ ESTY, (D.C.), « Why the World Trade Organization Needs Environmental NGOs », *op. cit.*, p. 10.

³²⁷ L'OCDE, par exemple, a bénéficié considérablement d'avoir fait participer de nombreuses ONG (si pas tous) à ses réunions et ses ateliers. Voir, HOUSMAN (R. F.), « Democratizing International Trade Decision-Making », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, 1994, pp. 717-718.

Pourtant, on ne peut pas dire que toutes les activités des ONG à l'OMC seraient les bienvenues, ou qu'elles seraient utiles³²⁸. Il est important que l'accès autorisé au nom de la transparence ou la participation du public ne se transforme pas en une manipulation des décisions de la politique commerciale internationale par des intérêts particuliers.

En tout état de cause, l'idée de l'exclusion des ONG de l'OMC ne met pas l'organisation à l'abri des manipulations par des intérêts spéciaux³²⁹. De même, l'établissement d'un rôle formel pour les ONG au sein de l'OMC ne représente pas nécessairement le risque de créer une tribune pour les idées protectionnistes au sein de l'organisation. Ainsi, l'argument selon lequel l'exclusion des ONG crée un utile « tampon » entre les décideurs et les groupes d'intérêts spéciaux n'a pas de fondement en soit³³⁰.

La plus large participation du public à l'OMC à travers la communication et la collaboration entre l'OMC et les ONG donnerait un système commercial international plus fort, plus démocratique et plus durable. Une riche politique à l'intérieur de l'OMC rend l'organisation plus représentative, pertinente, et efficace.

Dans un monde largement étatique, la porte d'accès direct aux acteurs privés était totalement fermée. Cette fermeture, considérée comme un déficit démocratique aux yeux des acteurs privés, a laissé toutefois entrevoir une évolution théorique envisageable. Cependant, une telle ouverture relève plus de l'intention que de la réalité car le dernier mot reste toujours étatique. Par ailleurs, cette hostilité envers ces acteurs privés se trouve manifestement au sein des tribunaux arbitraux et internationaux.

Une analyse plus approfondie des relations entre le GATT, l'OMC et les États souverains d'un côté et les parties privées ou les ONG de l'autre côté, a révélé un long parcours complexe. Il était difficile, du point de vue étatique, d'accueillir les opérateurs privés et de partager la gouvernance internationale avec eux. Étant un sujet complexe, voire même délicat, l'immixtion de ces organisations non gouvernementales a rencontré plusieurs obstacles procéduraux et intellectuels. Pourtant, l'interaction avec les ONG ne sera pas en vain car elle apportera, sans doute, plusieurs avantages à l'OMC. Outre le renforcement de la transparence et de la légitimité, ces organisations non gouvernementales peuvent apporter leur expertise et

³²⁸ ESTY, (D. C.), « Non-governmental organizations at the World Trade Organization: cooperation, competition, or exclusion », *op. cit.*, p. 144.

³²⁹ *Ibid.*, p. 146.

³³⁰ NICHOLS (P. M.), « Realism, Liberalism, Values, and the World Trade Organization », University of Pennsylvania, *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, p. 860.

leur expérience de terrain. De plus, une présence effective des ONG en tant que contributeurs aux travaux de l'OMC apporte un ajout important au niveau des réseaux publics. Pour toutes ces raisons et vu l'importance d'une telle interaction, l'accroissement du rôle de ces ONG au cœur de l'OMC est recommandé.

Le besoin d'expertise pour trancher les litiges est indispensable pour l'OMC. Malgré la prédominance du sujet de droit international qu'est l'État, la technicité croissante du droit et la reconnaissance du rôle des acteurs privés en droit international ont plaidé pour une ouverture. Ainsi, des modes subsidiaires d'intervention privée il a été mis en place afin qu'ils puissent jouer leur rôle primordial aux différents niveaux et sous plusieurs formes (Titre II).

TITRE II - Les voies de participation des personnes privées au système de règlement des différends à l'OMC

Les acteurs privés ne peuvent en aucun cas intervenir auprès de l'OMC de la même façon qu'un Etat, en qualité de partie au litige. Ils peuvent néanmoins intervenir de façon subsidiaire et faire valoir les réalités de la société civile auprès des acteurs étatiques. Ils sont d'ailleurs parfois plus enclins que les États à saisir les enjeux de litiges interétatiques concernant le commerce. L'intervention des acteurs privée peut ainsi revêtir deux formes. D'une part l'intervention des acteurs privés peut avoir pour objectif d'informer le juge sur des points de droit ou de fait précis ; l'acteur privé agit en ce cas en tant qu'*amicus curiae* auprès de l'ORD qui peut être un (expert, avocat, professeur de droit) (Chapitre I). Toutefois, malgré les avantages multiples d'une telle intervention, elle demeure limitée et affronte aux hésitations des membres de l'OMC. D'autre part, cette participations peut être nécessaire pour trancher le litige ; l'acteur privé agissant alors en tant que membre de la juridiction (paneliste, membre d'Organe d'appel) ou arbitre (Chapitre IV). Leur présence et support du système de règlement des différends de l'OMC à-t-il utile et bénéfique pour elle et est ce qu'on peut le considère comme une vraie intervention des opérateurs privées ou ils sont seulement des membres neutre auprès de la cour ?

CHAPITRE I - L'intervention des acteurs privés en qualité d'*amicus curiae*

À l'origine, l'*amicus curiae* est un mécanisme mis au service du juge et plus largement au service de la procédure. Le juge autorise la participation d'*amicus curiae* car elle est utile au processus dans son ensemble. Elle est considérée comme un principe procédural. Ce pouvoir d'autorisation ou de rejet des demandes découle d'un principe général de procédure selon lequel le juge est désormais le gardien de l'intégrité de l'instance. L'*amicus curiae* sert à « assister »³³¹, « aider »³³² et même « éclairer »³³³ le juge qui n'hésite pas à son tour à apprécier et remercier son ami pour toute l'aide apportée. Vu la complexité du discours judiciaire, il est facile de comprendre ce qui pousse le juge à accueillir les sollicitations de tiers désireux de participer en qualité d'*amicus curiae*. Le juge doit élargir son champ d'information et instaurer un processus rationnel qui facilitera sa décision³³⁴. L'*amicus curiae* informe le juge sur le contexte factuel et juridique et l'assiste dans la détermination et la création d'une règle de droit adéquate³³⁵.

En effet, pour les litiges les plus délicats, le juge ne peut pas se contenter de se référer aux textes juridiques et à la doctrine. Il lui est indispensable de s'informer sur le contexte général afin de pouvoir juger, vu l'apparition des nouvelles données scientifiques, morales et éthiques. De plus, il faut considérer l'intégration du droit étranger et du droit international par les

³³¹ Par contre, le juge L'Heureux-Dubé estime qu' « un intervenant public qui a assisté le tribunal ne devrait pas avoir à assumer les dépens de l'instance », Cour Supreme de Canada (B. R. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S., p. 315. Richard B. et Beena B. Appelants. c).

³³² La règle 37.1 des *Rules of the Supreme Court of the United States* indique: « an amicus curiae brief that brings to the attention of the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court ». La Cour Suprême du Canada reconnaît que « les opinions et les arguments des intervenants sur des questions d'importance publique sont souvent d'une aide considérable pour les tribunaux ». (Conseil canadien des Églises (1992) 1 R.C.S. 236). Voir également LESKUN (C.), Leskun 2006 CSC 25, Par. 15 : « Notre Cour a bénéficié grandement de l'aide apportée par l'*amicus curiae* ».

³³³ La Cour d'appel de Paris s'est appuyée sur un certain nombre de personnalités « pour qu'en leur qualité d'*amicus curiae* chacun puisse fournir en présence de toutes les parties intéressées, toutes observations propre à éclairer les juges dans leur recherche d'une solution au litige » (CA Paris 6 juillet 1988, in *Gaz. Pal.*, jurisprudence, 1988, n° 290-292, p. 700).

³³⁴ VAN COMPERNOLLE (J.), « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles Bruylant, 2006, pp. 495-599.

³³⁵ Rappelons les propos de L. BARKER: « of course it could be said that I attribute to the amicus an information utility far beyond what is actually the case. But to this I would reply that much depends on the particular judge; how he assesses the amicus brief; how he views his function; how he views the role of the court. My interpretation of the amicus, for example, enhances the capability of the judge who is not reluctant to use his authority to shape policy on issues of broad political-social import », (BARKER L., « Third Parties in Litigation: A Systematic View of the Judicial Function », *Journal of Politics*, 1967, vol. 29, p. 62).

juridictions nationales. La réflexion doit également prendre en compte l'évolution des comportements sociaux pour apprécier les données actuelles qui entourent le texte à appliquer. L'intervention de *l'amicus curiae* est donc devenue un élément essentiel et utile pour les juridictions (Section I). Ses caractéristiques et la façon dont elle se déroule conviennent d'être exposées (Section II).

Section I - L'utilité de *l'amicus curiae* pour l'ORD

L'amicus curiae a un rôle essentiel quant à l'information du juge concernant le droit applicable, mais également concernant le contexte général d'une affaire (Paragraphe I). Ce mécanisme est également déterminant auprès des juridictions nationales et internationales. En effet, il permet de représenter des intérêts plus généraux que ceux des États membres de l'OMC et constitue également une aide fondamentale apportée aux juges nationaux dans leur application du droit international (Paragraphe II).

Paragraphe I - Un rôle essentiel d'information du juge par *l'amicus curiae*

Malgré les efforts institutionnels visant à simplifier les normes juridiques, il nous semble incertain que le juge connaisse la totalité du droit. Les conflits multiples de normes et leur interprétation délicate obligent le juge à recourir à *l'amicus curiae* pour obtenir des informations de droit (A). Vu les difficultés et la complexité des litiges d'aujourd'hui, le juge aura besoin des autres ressources au delà des textes juridiques et de la doctrine. La présentation de *l'amicus curiae* sert à dépasser les intérêts privés en prenant en considération l'intérêt public multiple (B).

A - Informer sur le droit

Afin de mieux résoudre le litige et dire le droit, le juge doit bien connaître le droit et les faits de l'affaire. Il connaît le droit par présomption « *jura novit curia* » et les faits grâce aux parties³³⁶. Afin de ne pas se limiter aux faits du litige, les besoins d'information du juge s'étendent au droit lui-même, au contexte de l'affaire et aux intérêts plus généraux que ceux des parties.

À ce jour, la complexité croissante et la diversification du droit moderne ne permettent pas au juge de connaître la totalité du droit. Même les efforts institutionnels prévus afin de simplifier les normes ne permettent pas de résoudre le problème. L'absence de règles prédéfinies et une vraie complexité des règles existantes rendent le droit de plus en plus incertain. « Le juge n'est plus seulement chargé de dire le droit, de trancher un litige entre deux personnes privées. Appelé plus souvent que naguère à statuer en opportunité, en équité même parfois, il doit sans cesse rechercher quelles sont les finalités qui inspirent les réformes des textes et mesurer leur impact sur les différents groupes sociaux »³³⁷.

L'augmentation de textes législatifs encourage les conflits de normes et rend leur interprétation plus délicate ; ce qui incite de plus en plus le recours au juge en augmentant son pouvoir de dire le droit³³⁸. De même, l'ambiguïté, la technicité et la diversité des normes accroissent les pouvoirs de l'institution judiciaire. On constate également une internationalisation croissante qui contribue à la mobilité du droit. « De plus en plus, les règles qui organisent notre vie commune ont été conçues ailleurs, et celles qui auront été établies ici serviront à leur tour à bâtir du droit dans les pays étrangers »³³⁹. Ainsi, le juge national se trouve obligé d'appliquer des règles de droit international ou de droit étranger même s'il ne sait pas la signification exacte des limites de leurs termes apparents ; on renvoie

³³⁶ « The two most important sources of information available to justices making a decision are information received directly from litigants briefs and information from amicus briefs » (CORBALLY S., BROSS D. et FLANGO V., « Amicus Curiae Briefs : The Court's Perspective », *Justice System Journal*, 2006, vol. 27, p. 181).

³³⁷ GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 27^e éd., 2003, p. 791.

³³⁸ BOLARD (V.), *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé : principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, Thèse Paris 1, 2006, p. 49.

³³⁹ ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, la République des idées, 2005, spéc. p. 5.

ce manquement aux connaissances limitées du juge en droit étranger et au besoin d'une assistance afin de mieux étudier ces termes juridiques³⁴⁰.

Les définitions du rôle des *amicus curiae*³⁴¹ étaient limitées aux questions de droit ; ils étaient d'ailleurs quelquefois nommés *amicus juris*³⁴². Leur tâche était de fournir des informations juridiques aux juges afin de les aider dans leur fonction et combler les omissions des parties. C'est vrai que le juge d'aujourd'hui est plus habile et possède une plus vaste connaissance du droit que les magistrats plutôt non professionnels qui ont eu recours aux premiers *amici curiae*. Toutefois, la haute technicité de la règle de droit oblige le juge à recourir à l'*amicus curiae*³⁴³.

Par exemple, la technicité supérieure du droit fiscal américain était la raison pour laquelle Madame Day O'Connor, juge à la Cour Suprême des États-Unis, a indiqué que la cour appréciait l'assistance des *amicus curiae*³⁴⁴. Pour des raisons similaires, complexité de la loi applicable et importance de la décision pour la population, la Cour Suprême du Canada a également sollicité un avocat expert en droit fiscal³⁴⁵. Ce n'était d'ailleurs pas le seul domaine où ces offres d'assistance existaient³⁴⁶. Le droit prétorien³⁴⁷ a donné lieu à une jurisprudence

³⁴⁰ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 102.

³⁴¹ Littéralement l'*amicus curiae* signifie « ami de la cour ». Le pluriel latin « amici » est aussi utilisé. Cette notion désigne la possibilité, existant dans certains systèmes juridiques de tradition de common law, pour une personne non partie au litige de soumettre, dans le cours de la procédure, des informations sur des points de droit ou de fait afin d'aider le juge à formuler sa décision (ASCENSIO H., « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 900).

³⁴² COVEY (F. M.), « Amicus Curiae: Friend of the Court », *De Paul Law Review*, vol. 9, 1959, pp. 32-34. Le fait même que le juge désigne des avocats comme *amicus curiae* situe d'emblée sa participation sur le terrain juridique.

³⁴³ « The court's Knowledge of domestic law is less uncertain now than when the custom of amici curiae originated. But greater certainty is more than counterbalanced by increases complexity. Briefs of amici curiae are often submitted where the court feels that the case is of exceptional moment and demands unusually careful consideration » (Note, « *Amici Curiae* », in *Harv. L. Rev.*, 1921, vol. 34, n° 5, p. 774).

³⁴⁴ « Je peux donner un autre exemple de la façon dont les *amicus curiae* peuvent avoir de l'influence. Le droit fiscal est un domaine complexe, voire ésotérique, en tous cas peu accessible (...) je me souviens d'une affaire dans laquelle une intervention avait été déposée par un professeur de droit fiscal, de sa propre initiative. Celui-ci voulait s'assurer que la Cour comprenait bien quelle était la question litigieuse. Il a soutenu une idée que j'ai trouvée extrêmement intéressante et utile ». (Entretiens avec Mesdames Sandra Day O'CONNOR et Ruth BADER GINSBURG, Membres de la Cour suprême des États-Unis, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, n° 5).

³⁴⁵ Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec [1994] 2 R.C.S.715.

³⁴⁶ LÉVY (A.), « Amicus curiae -An offer of Assistance to the Court », *Chitty's Law Journal*, 1972, vol. 20, p. 136.

³⁴⁷ Le droit prétorien se dit d'un domaine du droit qui est principalement composé par la jurisprudence.

conséquente. Non seulement les textes de lois atteignent un haut niveau de technicité mais en plus ils émanent de différentes autorités³⁴⁸.

Pourtant, les systèmes civilistes admettent difficilement que le juge puisse s'informer « sur le droit comme sur le reste pour juger en connaissance de cause »³⁴⁹. Malgré cela, les juridictions françaises permettent, en réalité, l'assistance d'un ami de la cour de haut niveau comme les professeurs d'une matière importante en droit ou comme les experts découlant d'autorités publiques compétentes³⁵⁰.

Il n'est pas suffisant pour le juge de compter seulement sur les textes juridiques et sur la doctrine afin de régler les litiges les plus délicats, l'intervention de l'*amicus curiae* afin de l'informer sur le contexte général de l'affaire devient alors fondamentale (B).

B - Informer sur le contexte général de l'affaire

De toute évidence, le juge ne peut pas résoudre toutes les difficultés du litige en comptant uniquement sur les textes juridiques et la doctrine³⁵¹. Quand le sujet est compliqué, voire même technique, « les litiges s'engagent dans des domaines jusque-là réservés aux spécialistes de l'information, de la technologie, de la science, de l'éthique et de la morale, terrains minés qui appellent un plus grand effort de recherche et d'information de la part des tribunaux »³⁵².

Dans un nombre croissant de cas, le juge, face à l'apparition de nouvelles données scientifiques, morales et éthiques et de l'évolution des comportements sociaux, prend la parole de droit. « Les questions de droit auxquelles font dorénavant face les Cours de Justice

³⁴⁸ MAZEAUD (D.), « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* » in FRISON-ROCHE (M.-A.) et MAZEAUD (D.), dir, *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, p. 119.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 119.

³⁵⁰ MENÉTREY (S.), *op. cit.* p. 106.

³⁵¹ N. LUHMANN entend par complexité « l'existence de plus de possibilités que celles qui peuvent être actualisées, c'est-à-dire un excès de possibilités par rapport à la capacité réceptive des systèmes », (LUHMANN, N., *Politique et Complexité- Les contributions de la théorie générale des systèmes*, Paris, Les éditions du Cerf, 1999, p. 5).

³⁵² L'HEUREUX-DUBE (C.), « Le défi de la magistrature : s'adapter à son nouveau rôle », in MOSSMAN (M. J.) et OTIS (G.), dir., *La montée en puissance des juges : ses manifestation, sa contestation*, Montréal, Thémis, 1999, p. 467.

sont devenues de plus en plus complexes. Les affaires ne sont plus jugées sur une base strictement légale, mais prennent en compte de nouveaux facteurs dorénavant considérés comme importants tels que les politiques sociales »³⁵³.

Pour appréhender clairement le différend, le juge doit se concentrer sur les points législatifs, sociaux, économiques, scientifiques et même politiques. De même, il doit apprécier les données contemporaines qui entourent le texte à appliquer, chercher des informations plus riches que celles fournies par les adversaires³⁵⁴. La décision du juge est le résultat d'une sélection d'interprétations parmi d'autres possibilités qui méritent, dans l'intérêt de la justice, d'être prises également en compte³⁵⁵. Un accès maximum aux informations et la connaissance de tous les intérêts des parties sont indispensables afin que le juge puisse dire ce qu'est le droit. Autrement dit, le juge doit participer à cette transformation profonde afin qu'il contribue à « l'ouverture du droit aux exigences sociétales nouvelles »³⁵⁶.

Le rôle important des *amicus curiae* se retrouve particulièrement dans les affaires à dimension sociale forte. Le juge, en autorisant une telle assistance, s'ouvre à des nouvelles sources en dehors des sources juridiques nationales ainsi qu'à des arguments extra-juridiques. L'aide des *amicus curiae* consiste à informer sur des faits législatifs « *legislative facts* »³⁵⁷ qui se distinguent des faits de l'affaire « *adjudicative facts* »³⁵⁸. Afin de mieux expliquer les deux termes, la Cour Suprême du Canada annonce que « les faits en litige sont ceux qui concernent les parties au litige (...). Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et

³⁵³ Traduit à nos soins: « Legal issues facing the courts have become increasingly complex. Cases are no longer being decided on strict and narrow legalistic grounds. Social policy is accepted as an important factor » (LÉVY A., « Amicus curiae -An offer of Assistance to the Court », *op. cit.*, p. 139).

³⁵⁴ GÉNY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 2^e éd, 1954, pp. 400-403. Précurseur de la libre recherche scientifique qui puisse dans « la nature des choses » la règle de droit à appliquer, F. Gény critique les sources traditionnelles du droit et les règles d'interprétation qui s'y rattachent. Il y dénonce les abus de la méthode déductive dans l'interprétation de la lettre de l'esprit de la loi.

³⁵⁵ DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *La création du droit par le juge*, Arch. Phil. Droit, 2006, vol. 50, p. 65.

³⁵⁶ CANIVET (G.), « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTDciv.*, 2005, p. 46.

³⁵⁷ « Legislative facts, which are general and usually do not touch individual questions of particular parties to a proceeding. Facts that concern a person's motives and intent, as contrasted with general policy issues. Those facts that must be found beyond a reasonable doubt by the trier of fact before there can be a conviction » (<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com>, consulté le 18/02/2013).

³⁵⁸ « Adjudicative facts differ from ordinary facts in that they are considered facts only if the court recognizes and accepts them. For example, a witness may testify that she saw the defendant's car parked at a specific place at a specific time. These are the facts as she recalls them. However, the court may reject her account and instead accept another witness's testimony that the defendant was driving that same car in another part of town at the same time. The second witness's account will therefore become part of the adjudicative facts of the case, and the first witness's recollection will be considered immaterial » (www.answers.com/topic/adjudicative-facts, consulté le 23/11/2012).

l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères »³⁵⁹.

À cette occasion, le Premier Président Canivet a proposé, pour sa part, une définition fonctionnelle élargie, parlant de « faits communs à toute une série de litiges et dont la bonne appréciation est nécessaire pour forger, en l'absence de toute loi sur ce point, la règle de droit opportune »³⁶⁰. Un éclairage sur les évolutions sociales ou les avancées scientifiques doit être fourni par les *amicus curiae*. La participation de tiers en qualité d'*amicus curiae* relève d'une démarche jurisprudentielle conséquentialiste, c'est-à-dire une jurisprudence moins soucieuse de fidélité à la règle de droit que d'adaptation aux exigences du contexte dans lequel elle s'exerce³⁶¹.

Outre le fait d'informer le juge sur le droit et notamment sur le contexte général de l'affaire, l'*amicus curiae* joue un rôle fort important devant les juridictions nationales, voire même internationales (Paragraphe II).

Paragraphe II - Un rôle important de l'*amicus* auprès des juridictions nationales et internationales

L'intervention des *amicus curiae* encourage le juge à aller au-delà du singulier en prenant en considération les intérêts publics sans omettre les intérêts privés (A). Cette intervention vise également à intégrer le droit étranger et le droit international dans les juridictions nationales (B).

³⁵⁹ Décision, 2 R.C.S., Cour Suprême du Canada, *Danson / Ontario (Procureur général)*, 1086 p., 1990

³⁶⁰ CANIVET (G.), « L'*amicus Curiae* en France et aux États-Unis », *Revue de jurisprudence commerciale*, mars-avril 2005, n° 2, p. 106.

³⁶¹ LLEWELLYN (K.), « Some Realisme about Realism », *HARV. L. Rev.*, 1931, vol. 44, pp. 1230-1233.

A - Présenter des intérêts plus généraux que ceux des parties à l'OMC

Les intérêts publics multiples doivent être pris en considération à côté de divers intérêts privés ; le processus de la protection de chacun de ces intérêts peut conduire à des nouvelles solutions et c'est au juge que revient la tâche d'arbitre³⁶². On constate que l'intérêt public gouvernant la prise de décision n'est plus systématiquement défini par le législateur³⁶³ ; il revient au juge de mener une adaptation constante dans le temps et sur le sujet à l'occasion des litiges qui lui sont soumis. Usuellement, les différents intérêts dont il n'est pas tenu compte lors de l'adoption de la norme apparaissent au stade du règlement des différends³⁶⁴.

Dans ce contexte, Luis Boré ajoute dans son analyse « dans cette nouvelle forme de démocratie où le droit est moins imposé et de plus en plus négocié, c'est au juge qu'il incombe de trancher les difficultés d'application de la norme négociée non pas en appliquant la loi comme un autonome mais en cherchant lui aussi à pondérer les intérêts en présence et en interprétant la norme d'une façon conforme aux valeurs fondamentales de la démocratie »³⁶⁵.

L'intervention des *amicus curiae* incite le juge à aller au-delà du singulier. L'information qu'ils transmettent porte moins sur la matière en litige que sur les divers intérêts avec lesquels ils doivent composer³⁶⁶. « La hiérarchie des intérêts à prendre en considération ne représente plus une donnée existante *a priori*, mais un processus de décision lui-même *a fortiori* si la règle de droit est inexistante »³⁶⁷.

³⁶² TANQUEREL (T.), « Le juge comme arbitre de l'intérêt public », in *Pour un droit pluriel*, Études offerts au Professeur J-F Perrin, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 222.

³⁶³ MATHIEU (B.), « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », *La création du droit par le juge*, *Archives de philosophie du droit*, vol. 50, 2006, pp. 42-45.

³⁶⁴ KESSEDJIAN (C.), « La nécessité de généraliser l'institution de l'*amicus curiae* dans le contentieux privé international », in MANSEL (H-P.), dir., *Festschrift für Erik Jayme*, Band 1, München, Sellier, 2004, pp. 403-408.

³⁶⁵ BORÉ (L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDI, 1997, p. 439.

³⁶⁶ « The *amicus curia* today is far from a casual bystander giving impromptu advice. He is an expert in law, usually representing interest group, some of which count their membership in the millions. He participates in order to better the position of his sponsors rather than of his friendship with the court (...). However it does not make him less useful to the court. He is still urging a particular point of view in the determination of law. He brings to the court's attention implications of its ruling that will affect people other than the parties. He suggests the impact that various alternatives open to the court may have on society » (A. LÉVY, « *Amicus curiae*-An offer of Assistance to the Cour », *op. Cit.*, p. 96).

³⁶⁷ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 104.

Comme l'impact des décisions de justice va au-delà des parties au litige, la fonction la plus utile d'un *amicus curiae* est d'informer la cour sur la manière dont une donnée exploitée peut affecter les non-parties à l'affaire. Cela donne ainsi une voie aux personnes non-parties, mais pouvant être touchées par une décision juridictionnelle³⁶⁸.

La cour est parfaitement consciente que ses décisions sont contraignantes pour toute la nation et qu'elles affectent des cas et des situations différentes de l'affaire portée devant elle. Pour cette raison, la cour souhaite explorer les limites de toute règle possible, elle peut aussi adopter ou examiner les conséquences jurisprudentielles du monde réel. Les mémoires présentés par l'*amicus curiae* sont bien adaptés pour aider la cour dans ce développement³⁶⁹. Ils présentent au juge une occasion d'anticiper les effets de sa décision et de situer son raisonnement dans la complexité et la mobilité du tissu social³⁷⁰. Il revient au juge de pondérer et mesurer le poids de ses décisions sur le peuple³⁷¹.

L'*amicus curiae* assiste le juge afin de pondérer les intérêts fidèles à la réalité des enjeux du litige³⁷². Il permet de présenter les acteurs intéressés par l'issue d'une décision, il informe le juge de l'importance de sa décision pour la société et des réactions éventuelles de l'opinion publique³⁷³ et l'aide à choisir entre les intérêts qu'il entend privilégier ou protéger³⁷⁴.

³⁶⁸ « Because the impact of court decisions goes beyond the parties of record, perhaps the most useful function of an amicus brief is to inform the court of how a given holding can affect non-parties to the case. This is an important role for amicus because it gives voice to persons who are not parties but who may be affected by a decision » (S. CORBALLY, D. BROSS et V. FLANGO, « Amicus Curiae Briefs: The Court's Perspective », *Justice System Journal*, 2006, vol. 27, p. 182.).

³⁶⁹ « The Court is keenly aware that its decisions are binding across the nation, and that they affect cases and factual situations that are different from the case before it. For this reason, the Court wants to explore the limits of any possible rule it may adopt, as well as examine the jurisprudential and real world consequences. An amicus brief is well suited to assist the Court in that endeavor », (SCHWEITZER D., « Fundamentals of Preparing a US Supreme Court Amicus Brief », *Journal of Appellate Practice and Process*, , vol. 5, n° 2, 2003, p. 538).

³⁷⁰ COPPENS (P.), *Normes et fonctions de juger, Bruxelles*, Bruylant-LGDJ, 1998, p. 3.

³⁷¹ « Si l'on accepte l'idée que l'interprétation judiciaire doit être le résultat d'une délibération tenant compte de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être affectés, l'idée s'impose naturellement selon laquelle la juridiction doit s'ouvrir à l'ensemble des parties intéressées à son issue » (de SCHUTTER O., « Le tiers à l'instance devant la Cour de justice de l'Union européenne », in H. RUIZ FABRI et J. M. SOREL, dir., *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p. 93).

³⁷² MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 108.

³⁷³ « The affected group hypothesis holds that amicus briefs are efficacious because they signal to the Court that a wide variety of outsiders to the suit will be affected by the Court's decision », (COLLINS Jr. p. M., « Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in US Supreme Court Litigation », *Law and Society Review*, vol. 38, n° 4, 2004, p. 808).

³⁷⁴ « The lawyers is not speaking for himself, but he is retained by a person, company, or organization having an interest in how the case is decided (...), nevertheless, the presentation of information as to how a decision one way or the other will affect persons or industries differently situated than the parties is a principal and helpful function of an amicus brief » (STERN R., GRESSMAN E. et SHAPIRO S., *Supreme Court Practice*, 6ème édition, Washington, BNA Books, 1986, pp. 571-572).

L'*amicus curiae* est considéré auprès de la Cour Suprême du Canada comme un instrument collaborant à interpréter, appliquer, et même à créer du droit. L'objectif est que le juge réussisse à formuler une règle générale en évaluant les conséquences de ses décisions sur la société et en prenant en compte le poids de l'opinion publique. Cela est surtout utile dans les affaires soulevant une question de principe controversée³⁷⁵. Le juge suprême canadien, compte tenu de la complexité des questions juridiques et factuelles qui lui sont soumises, se trouve quelque peu démuni dans l'interprétation du droit³⁷⁶.

Un des rôles les plus importants de l'*amicus curiae* est d'évaluer les différentes situations pour présenter les intérêts sociaux en cause. En effet, la décision judiciaire n'est pas uniquement juste parce qu'elle est conforme à une norme abstraite, mais parce que ses conséquences sociales et économiques sont utiles³⁷⁷: l'approche « conséquentialiste » du jugement souligne que la qualité d'une décision relève moins des principes qu'elle met en œuvre que des conséquences qu'elle comporte. Le fait de prendre en compte et d'examiner les effets sur la société dans son ensemble par le juge rend le champ procédural plus global que celui des seules parties au litige³⁷⁸.

L'*amicus curiae* est devenu un élément essentiel qui participe à l'élaboration des décisions qui ne reflètent pas seulement des opinions personnelles mais plutôt un résumé des divers intérêts sociaux en présence. En plus de son rôle auprès des juridictions internationales, il joue un rôle très important en aidant le juge national à appliquer le droit international (B).

³⁷⁵ « On peut à la base diviser le domaine de l'interprétation en cinq grandes méthodes : la méthode littérale, la méthode historique, la méthode logique, la méthode systématique et la méthode téléologique. Parmi ces cinq grandes méthodes, la méthode littérale est le plus souvent privilégiée. Pourtant on assiste à un changement de paradigme de l'interprétation, notamment devant la Cour Suprême du Canada. De plus en plus de juristes-juges et professeurs- estiment que la clé de l'interprétation réside dans la prise en compte du contexte dans sa globalité » (MENÉTREY S., *op. cit.*, p. 109).

³⁷⁶ LAJOIE (A.), *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, 1997, p. 76.

³⁷⁷ MUIR-WATT (H.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de common law », in MOLFESSIS (N.) (Groupe de travail dirigé par), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, p. 70.

³⁷⁸ La Cour de cassation française elle-même recherche des « procédés qui permettent, devant elle, l'expression des intérêts généraux concernés par les questions débattues dans le cadre des pourvois dont elle est saisie » (G. CANIVET, « L'*amicus curiae* en France et aux États-Unis », *Revue de jurisprudence commerciale*, mars-avril 2005, n° 2, p. 99).

B - Aider les juges nationaux à appliquer le droit international

L'intervention de l'*amicus curiae* contribue définitivement à une internationalisation du droit et des décisions de justice³⁷⁹. Grâce au développement permanent du droit comparé et du droit international dans l'interprétation du droit national, ses contributions ne constitueraient pas seulement un facteur d'enrichissement des débats internes par le droit international mais aussi un instrument de dialogue dynamique entre les juridictions³⁸⁰. Les *amicus curiae* ont été soutenus grâce à un mouvement apparu en Amérique du Nord suite au recours au droit comparé et au droit international qui conceptualisent les décisions judiciaires. Ce phénomène a été qualifié de « transjudicialisme »³⁸¹.

L'*amicus curiae* a été sollicité à plusieurs occasions par les systèmes juridiques nationaux : la Cour de cassation française³⁸², la Cour Suprême des États-Unis³⁸³ et également la Cour Suprême du Canada³⁸⁴. Il apparaît qu'un certain nombre de références à la jurisprudence étrangère et au droit international dans leurs décisions trouvent leur origine dans des participations amicales. J. Koshan ajoute que ces précédents « devrait servir comme preuve encourageante pour des groupes d'intervenants pour continuer ou commencer à utiliser le droit international dans leurs observations »³⁸⁵.

³⁷⁹ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 110.

³⁸⁰ KOSHAN (J.), « Dialogue or Conversation? The Impact of Public Interest Interveners on Judicial Decision Making », in Institut canadien d'administration de la justice, *Justice et participation dans un monde global : la nouvelle règle de droit*, Montréal, Thémis, 2004, pp. 255-257.

³⁸¹ JIMISON (G.), « Amicus Filings and International Law: Toward a Global View of the United States Constitution », *Catholic U. L. Rev.*, 2005-2006, vol. 55, pp. 270-278.

³⁸² L'*amicus curiae* fut invité par la Cour de cassation à donner son avis dans l'affaire dites des mères porteuses, ce qui lui a permis de se référer à la jurisprudence américaine (Cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, *J.C.P* éd. G, 1991, II, 21752, *Dalloz* 1991, p.417). Saisie de la question de la qualification d'homicide sur un enfant à naître, la Cour de cassation a invité des professeurs de droit ainsi que le Service des affaires européennes et internationales du Ministère de la justice pour l'éclairer sur les pratiques comparées (Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, *Gaz. Pal.* N° 209, 28.07.2002, p. 12; *J.C.P.* éd. G, 2001, II, 10569).

³⁸³ JIMISON (G.), « Amicus Filings and International Law: Toward a Global View of the United States Constitution », *op. cit.*, p 270.

³⁸⁴ La Cour se réfère depuis toujours à la jurisprudence britannique, mais également à d'autres jurisprudences du *common law* notamment la jurisprudence américaine. Depuis sa décision *Baker c. Canada*, elle confère au droit international, un rôle essentiel dans l'interprétation du droit national. *Baker c. Canada* (1999) 2 R.C.S. 817, par. 69 et s.

³⁸⁵ « Should serve as encouraging evidence for intervenor groups to continue or to commence using international law in their submissions », (KOSHAN J., « Dialogue or Conversation? The Impact of Public Interest Interveners on Judicial Decision Making », *op. cit.*, p. 257).

Les normes et les décisions étrangères doivent être facilement compréhensibles par le juge en dépit de sa relative ignorance du droit dont elles sont issues afin que les références du droit comparé soient salutaires. La coopération d'un praticien ou d'un professeur de droit sous la forme d'*amicus curiae* se révèle importante afin de simplifier l'accès aux normes et décisions étrangères et d'éclairer le juge sur le contenu du droit étranger considéré comme applicable dans un différend comportant des éléments d'extranéité³⁸⁶. L'*amicus curiae* peut être également une organisation ou association internationale qui intervient devant les juridictions nationales afin de leur fournir des éclaircissements sur l'interprétation des conventions adoptées³⁸⁷.

L'intervention de l'*amicus curiae* a permis un développement important en matière de compétence juridictionnelle³⁸⁸. Cette croissance est due à la structuration des rapports judiciaires internationaux, à la concurrence accrue entre les mécanismes de règlement des différends et les différentes « places judiciaires », qu'elle résulte de conventions multilatérales ou de clauses de compétence unilatérales³⁸⁹.

La réactivation de l'« *Alien Tort Statue* » (ATS) de 1789 donnait compétence aux cours fédérales américaines pour recevoir les plaintes déposées par les étrangers en raison de la violation du droit international commis dans un autre pays³⁹⁰. La décision prise dans l'affaire *Filartiga - Pena-Irala*³⁹¹, reconnaît l'emprise du juge américain sur un nombre illimité de personnes et d'entreprises. La Cour était plutôt réservée en statuant sur le cas identique de l'affaire *Sosa - Alvarez Machain*³⁹². Cette réserve était due à la participation d'*amici curiae* de l'Australie, du Royaume-Uni, de la Suisse et de la Commission européenne, qui ont exprimé une inquiétude inspirée par la jurisprudence *Filartiga* sur la pérennité de leurs entreprises³⁹³.

³⁸⁶ « Il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger », (Cass. 1^{re} civ., 28 juin 2005, n° 00-15.734, note H. Muir-Watt et B. Ancel, *RCDIP*, vol. 9, p. 10).

³⁸⁷ KESSEDJIAN (C.), « De quelques pistes pour l'encadrement procédural de l'intervention des amici curiae », *European Journal of Law Reform*, vol. 8, n° 1, p. 96.

³⁸⁸ Les *amicus curiae* étrangers sont intervenu à l'occasion des procédures intentées par les prisonniers de Guantanamo contre les États-Unis afin d'informer le juge américain des effets de sa décision dans le contexte international (*Rasul v. Bush* ; *Al Odah v. United States*, 126 S. Ct. 2686. 2004).

³⁸⁹ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 113.

³⁹⁰ Alien Tort Statute, ATS, 28 USC par. 1350: « The district court shall have original jurisdiction of any civil action by an alien tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the US ».

³⁹¹ *Filartiga / Pena-Irala* 630 F.2d 876 (1980).

³⁹² *Sosa / Alvarez Machain* 542 US 692 (2004).

³⁹³ RYNGAERT (C.), « The European Commission's Amicus Curiae Brief in the Alvarez-Machain Case », *Forum du droit international*, 2004, vol. 6, pp. 55-60.

Nous soulignons également un rôle accru des *amicus curiae* quand les juridictions nationales sont en concurrence avec les juridictions arbitrales. La reconnaissance de l'arbitrabilité du droit de la concurrence par la Cour Suprême des États-Unis dans l'affaire Mitsubishi découle d'un mémoire d'*amicus curiae* déposé par la Chambre de commerce international (CCI) et l'American Arbitration Association (AAA). Elle a mis l'accent sur l'importance d'autoriser les arbitres du commerce international à se prononcer sur des questions de concurrence³⁹⁴.

Au vu des arguments développés ci-dessus, les *amicus curiae* contribueraient à l'intégration du droit étranger et du droit international par les juridictions nationales. L'importance de cette contribution de l'ami (public) consiste à faire valoir des intérêts antagonistes à ceux des parties (personnes privées). Elle montre « la présence d'intérêts étatiques derrière les contentieux internationaux entre opérateurs privés »³⁹⁵.

Compte tenu de l'importance de l'intervention de l'*amicus curiae* en fournissant les informations utiles au juge, il doit se plier à certaines exigences concernant la forme et le contenu. Afin de bien comprendre le rôle important de l'*amicus curie*, un aperçu évolutif sur son origine et sa reconnaissance devant les cours sera intéressant à développer dans la Section (II).

³⁹⁴ Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985).

³⁹⁵ MUIR-WATT (H.), « Aspects économiques du droit international privé. Réflexion sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions », *RCADI*, vol. 307, 2004, p. 323.

Section II - Le mode d'intervention de l'*amicus curiae*

Le mécanisme de l'*amicus curiae* peut prendre différentes formes d'interventions, formes différenciées dont l'accueil a progressivement évolué (Paragraphe I). Il reste néanmoins très encadré et connaît des limites (Paragraphe II).

Paragraphe I - Les aspects de l'intervention

La reconnaissance du rôle distingué de l'*amicus curiae* par les organes de l'OMC a rencontré des développements importants. Ce développement au sein de l'OMC revient surtout au soutien de l'Organe d'appel qui est influencé par le courant anglo-saxon en droit international (A). Toutefois, la participation de l'*amicus curiae* se fait à plusieurs conditions concernant le statut juridique du requérant, la nature de l'intérêt présenté et aussi sur le contenu de l'intervention (B).

A - Le placement de l'*amicus curiae* devant l'ORD

La date de la première utilisation de l'expression *amicus curiae* dans les pays membres de l'OMC n'est toujours pas établie (1). Ce mode innovant de participation a été soutenu à plusieurs reprises par l'Organe d'appel en s'appuyant sur les expériences des pays anglo-saxons (2).

1- Un mode d'intervention original aux racines incertaines

L'*amicus curiae* (ami du tribunal) est connu comme un tiers admis par un tribunal pour l'aider à régler un conflit soumis à sa juridiction. Pourtant, des incertitudes existent sur ses origines; le fait d'inviter ou autoriser un individu expert en la matière ou professionnel du droit afin de donner son avis aux juges est un héritage de la « *Common Law* » britannique existant dans tous les systèmes qu'elle a influencés (a). Cette forme d'intervention se distingue d'autres formes qui portent sur d'autres qualifications et ont d'autres finalités (b).

a - Les origines incertaines de l'*amicus curiae*

Une ambiguïté réside sur les origines de l'expression *amicus curiae* dont la racine latine n'implique pas forcément qu'elle relève du droit romain. Les expressions latines sont utilisées généralement afin d'introduire un langage au niveau international et non pour décrire une institution juridique³⁹⁶. M. Laurin estime que l'emploi du latin dans l'expression « *amicus curiae* » est un choix délibéré pour mettre l'accent sur la particularité de l'institution et la rattacher au droit comparé³⁹⁷. Les termes « *amicus curiae* » ne se retrouvent pas dans le droit romain, leur origine pouvant se situer dans la relation *amicitia* qui, bien que d'ordre privé et non juridique³⁹⁸, était au centre du fonctionnement du *consilium* connu comme l'ancêtre de l'*amicus curiae*³⁹⁹.

Le rôle de ce conseil était de nommer des juristes professionnels ou des experts afin d'assister et de conseiller les préteurs voire même les juges pendant leur « activité de *ius dicere* »⁴⁰⁰. Le travail de ce *consilium magistratum* était semblable au *consilium principis* qui était d'assister l'Empereur dans ses tâches gouvernementales et même

³⁹⁶ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 23.

³⁹⁷ LAURIN (Y.), WOOG (J. C.), « *Amicus curiae* », *Encyclopédie Dalloz- Procédure civile*, avril 1993, n° 2.

³⁹⁸ BRUNT (P.), « *Amicitia in the Late Roman Republic* », *The Fall of the Roman Republic and related Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 360-362.

³⁹⁹ TELLEGEN-COUPERUS (O.), « *The so-called consilium of the Praetor and the Development of Roman Law* », *Revue d'histoire du droit*, 2002, vol. 69, p. 11.

⁴⁰⁰ HUMBERT (M.), « *L'assistance dans la résolution des conflits à Rome* », in *L'assistance dans la résolution des conflits*, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, p. 58.

juridictionnelles⁴⁰¹ ; dans ce conseil impérial les membres étaient surnommés *amici principis* ou *amici augusti*. Pareillement, les membres du *consilium magistratuum* étaient désignés à plusieurs reprises « amis » surtout dans l'Égypte romaine où ils étaient « qualifiés tantôt de conseillers (*synbouloi*), tantôt d'amis (*philio*), tantôt de juristes (*nomokoi*) ». Selon M. Covey, la pratique de ce conseil a été incorporée ultérieurement comme *amicus curiae* dans le système anglais, ce qui n'est toujours pas prouvé⁴⁰². Nous ne trouvons pas de traces de l'expression « *amicus curiae* » au cœur de l'ancien droit français⁴⁰³, et ce n'est qu'en « *Common Law* » où cette expression est apparue. L'intervention des *amicus privés* dans les pays de « *Common Law* » est soumise à des conditions restrictives⁴⁰⁴ où les juridictions nationales devenues capables de recevoir les mémoires traitent les points de droit ou de fait.

Le premier rôle de l'*amicus curiae* en « *Common Law* » était de remédier aux incapacités et aux carences du juge afin d'éviter les erreurs de droit⁴⁰⁵ et la première indication de son existence remonte à 1612 par Bacon⁴⁰⁶. À l'inverse des avocats, la plupart des juges n'étaient pas professionnels, il était donc primordial qu'un *amicus curiae* enrichisse leur connaissances juridiques en mettant l'accent sur certaines lois ou précédents non indiqués par les parties au litige⁴⁰⁷. Il faut noter aussi que la notion de l'*amicus curiae*⁴⁰⁸ est depuis toujours liée à la fonction d'avocat qui veillait à garder et supporter le système de justice⁴⁰⁹. En fournissant des informations additionnelles et des arguments complémentaires, l'*amicus curiae* essayait de pallier sa faible représentation, voire même son interdiction dans quelques affaires criminelles

⁴⁰¹ GAUDEMET (J.), *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Domat, 7^e éd., 2002, p. 285.

⁴⁰² COVEY (F. M.), « Amicus Curiae: Friend of the Court », *op. cit.*, pp. 34-35.

⁴⁰³ Si l'expression « *amicus curiae* » n'apparaît pas en droit français, le mécanisme évoque de manière lointaine les procédés exigés à l'époque médiévale pour établir la preuve de la coutume, notamment l'enquête par turbe (WAELEKENS L., « L'origine de l'enquête par turbe », *Revue d'histoire du droit*, 1985, vol. 53, pp. 337-351).

⁴⁰⁴ SHELTON (D.), « the Participation of Nongovernmental Organisations in International Proceedings », *AJIL*, vol. 11, 1994, p. 611.

⁴⁰⁵ KRISLOV (S.), « The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy », *Yale Law Journal*, 1963, vol. 72, p. 695.

⁴⁰⁶ Oxford English Dictionary: 1612 BACON *Ess.* xxxvi. 219.

⁴⁰⁷ « Use of an *amicus curiae* is embedded in the common law tradition. At common law, it was acceptable for a judge to not know all the cases that may be relevant law in a particular case or controversy and for an *amici* to appear to assist the judge in clarifying issues of law » (ALALI P., « Judicial Lobbying at the WTO: The Debate over the use of *amicus curiae* briefs and the US experience », in *Fordham International Law Journal*, 2000, vol. 24, n° 1/2, p. 93).

⁴⁰⁸ Par contre, pas de lien entre l'*amicus curiae* et les « amis » qui ont remplacé temporairement les avocats devant les juridictions françaises lorsque l'ordre des avocats fut supprimé lors de la Révolution française, En 1790, le droit de plaider devant les tribunaux a été ouvert à tous et on parlait alors de « défenseurs officieux ou d'amis qui devaient exercer leurs fonctions bénévolement, à titre de service public » (MORIN M., *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004, p. 202).

⁴⁰⁹ LAURIN (Y.), « L'avocat et l'observateur judiciaire en droit interne », in *Gaz. Pal.*, 1985, doctr., pp. 628-629.

en « *Common Law* ». Son intervention était semblable à celle de l'avocat de la cour, c'est pour cela que le droit anglais utilise depuis, l'expression « *avocate to the Court* »⁴¹⁰.

En Angleterre, le choix de l'*amicus curiae*, comme n'étant pas une personne publique, était souvent fait parmi les avocats de haut niveau. Il donnait son avis sur des points juridiques sur les questions qui vont au delà des intérêts privés⁴¹¹. Les cours suprêmes indienne, australienne et d'Afrique du Sud y recourent aussi mais plus rarement⁴¹². Auprès de la Cour Suprême du Canada, l'*amicus curiae* est, à priori, un avocat invité par elle afin d'accentuer des intérêts qui ne sont pas représentés ou afin d'éclairer les points des questions plutôt complexes. De plus, son intervention s'effectue, sur la demande de la Cour, lorsque l'échange contradictoire entre les parties n'apporte pas les informations suffisantes pour dire de droit. C'est à l'occasion de la modification des Règles de la Cour Suprême en juin 2002 que cet avocat a pu porter le titre d'*amicus curiae* ; avant cette date, ce titre était indiqué seulement dans les décisions de la Cour. Cette règle dispose que « dans le cas d'appel, la Cour ou un juge peut nommer un *amicus curiae* ». Cette invitation de l'*amicus curiae* est prévue aussi à l'article 53 (7) de la loi sur la Cour Suprême dans le cadre des Renvois par le gouvernement en conseil⁴¹³.

Les racines de l'intervention de l'ami de la cour sous les termes « *amicus curiae* » sont incertaines ou même ambiguës. Malgré cette incertitude, l'ami de la cour est devenu important et indispensable dans certains cas ; c'est pour cette raison qu'il nous semble nécessaire de différencier son genre d'intervention d'autres formes d'intervention possible (b).

⁴¹⁰ BELHOUSE (J.), « The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration? », *Civil Justice Quarterly*, 2004, vol. 23, p. 200.

⁴¹¹ ANTHONY (G.), « Fact, fiction and function: some questions about public interest intervention and public law in the United Kingdom », in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1997, vol. 48, pp. 307-314.

⁴¹² HOWARD (J.), « Retaliation, Reinstatement and Friends of the Court », *Howard Law Review*, 1998, vol. 20, pp. 167-171.

⁴¹³ La procédure de renvoi par le gouverneur en conseil est une demande d'opinion sur une question de droit ou de fait soumise par le Gouvernement fédéral à la Cour Suprême du Canada. L'article 53 (1) de la loi sur la Cour Suprême du Canada dispose que « le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait ... ». L'article 53 (2) ajoute que « le gouverneur en conseil peut en outre, s'il estime indiqué, déférer à la Cour toute questions importante de droit ou de fait touchant toute autre matière ... ».

b - L'intervention de l'*amicus curiae* comparée aux autres formes
d'intervention

A priori, le système de règlement des différends ne regroupe que les États controversés de l'OMC. Pourtant, un autre membre (tierce partie) qui n'est ni le plaignant ni le défendeur peut aussi accéder à ce système⁴¹⁴; le membre qui se trouve lésé par la mesure contestée ou qui a un intérêt commercial peut également bénéficier des organes de règlement des différends au sein de l'OMC. Ce membre en question peut assister aux discussions sur une des solutions mutuellement convenue si cette solution peut avoir des conséquences sur ses intérêts⁴¹⁵.

Les tierces parties jouissent de plusieurs droits au sein du système de règlement des différends ; elles peuvent recevoir les communications écrites fournies par les parties avant la première réunion du groupe spécial⁴¹⁶; elles peuvent aussi participer à la procédure de l'Organe d'appel⁴¹⁷ mais sans avoir le droit de faire appel d'un rapport de groupe spécial⁴¹⁸. Pourtant, la présence des tierces parties aux procédures auprès des groupes spéciaux ne leur garantit pas évidemment la participation à la procédure d'appel. De plus et dans des conditions spécifiques et après l'examen des circonstances, les groupes spéciaux peuvent accorder aux tierces parties un droit de participation renforcée. Dans l'affaire « CE-bananes III »⁴¹⁹, le groupe spécial a jugé que les circonstances de cette affaire justifient l'attribution aux tierces parties d'un droit de participation renforcée ce qui été reconnu par l'Organe d'appel.

⁴¹⁴ ABDEL MONEIM (Y.), *Les contentieux commerciaux au sein de l'OMC et le mécanisme de règlement des différends*, op. cit., p. 54.

⁴¹⁵ Article 10.2 du Mémoire d'accord « Tout Membre qui aura un intérêt substantiel dans une affaire portée devant un groupe spécial et qui en aura informé l'ORD (dénommé dans le présent mémorandum d'accord "tierce partie") aura la possibilité de se faire entendre par ce groupe spécial et de lui présenter des communications écrites. Ces communications seront également remises aux parties au différend et il en sera fait état dans le rapport du groupe spécial ». Article 10.4 du Mémoire d'accord « Si une tierce partie estime qu'une mesure qui a déjà fait l'objet de la procédure des groupes spéciaux annule ou compromet des avantages résultant pour elle d'un accord visé, ce Membre pourra avoir recours aux procédures normales de règlement des différends prévues dans le présent mémorandum d'accord. Un tel différend sera, dans tous les cas où cela sera possible, porté devant le groupe spécial initial ».

⁴¹⁶ Article 10.3 du Mémoire d'accord « Les tierces parties recevront les communications présentées par les parties au différend à la première réunion du groupe spécial ».

⁴¹⁷ À cette phase, les tierces parties possèdent d'un droit de participation quasi-totale « Les parties tierces ont été pleinement associés à tous les aspects de l'audience », rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire « Communautés européennes- Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes », paragraphe 12.

⁴¹⁸ La décision ne touche pas directement les droits des tierces parties car elle ne régit les relations entre les parties au litige : le demandeur et le défendeur.

⁴¹⁹ WT/DS27/RW/USA, 19/05/2008.

La participation des tierces parties peut prendre une autre forme, celle d'un « observateur passif » avec l'accord (explicite ou tacite) des participants. Ce qui lui permet d'assister à l'audience sans déposer une communication écrite, comme c'est la majorité des cas des tierces parties. Cette possibilité va lui permettre non seulement de suivre la procédure d'un appel mais aussi d'être informé des déroulements d'une affaire ciblée⁴²⁰.

Le Paraguay a participé à la procédure du groupe spécial dans l'affaire Argentine-Chaussures⁴²¹ en tant que tierce partie. Lors de l'appel, il lui a été accordé pour la première fois le droit d'assister à l'audience sans présenter de communication écrite. Les procédures de travail pour l'examen en appel ont reconnu que toute partie tierce qui n'a pas déposé une communication écrite ni présenté de notification au Secrétariat « pourra notifier au Secrétariat qu'elle a l'intention de comparaître à l'audience, et pourra demander à faire une déclaration orale à l'audience. Les notifications et demandes en ce sens devraient être notifiées le plus tôt possible au Secrétariat par écrit »⁴²².

Par rapport aux moyens consensuels de règlement des différends, l'arbitrage par exemple, l'article 25 du Mémoire d'accord exige « l'accord des parties qui sont convenus d'avoir recours à l'arbitrage » afin que le tiers devienne une partie dans la procédure et pas seulement une tierce partie⁴²³.

Une autre délimitation nous apparaît nécessaire : la participation des acteurs privés afin de représenter juridiquement les parties et les tierces parties ne lui donne pas le titre d'*amicus curiae*. Cette représentation juridique des parties et tierces parties au système de règlement des différends n'était pas traité dans le Mémoire d'accord mais lors de son entrée en vigueur. La question de cette représentation a été soulevée dans l'affaire CE-BANANES III. La représentation des parties et des tierces parties par des conseils juridiques privés indépendants, c'est-à-dire des avocats privés, a été constatée au sein de l'OMC mais uniquement en ce qui concerne la représentation gouvernementale. Les acteurs privés étaient alors des professionnels engagés dans des buts ciblés et employés à titre périodique par le

⁴²⁰ <http://www.wto.org>.

⁴²¹ Rapport du groupe spécial dans l'affaire « Argentine-Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures », WT/DS 121/R, 25 juin 1999.

⁴²² Règle 24, paragraphe 4.

⁴²³ ABDEL MONEIM (Y.), *Les contentieux commerciaux au sein de l'OMC et le mécanisme de règlement des différends*, op. cit., p. 56.

gouvernement. Une telle participation est, au contraire du GATT, reconnue devant les juridictions internationales, comme la Cour internationale de justice au premier chef⁴²⁴.

L'Organe d'appel a affirmé après une lecture approfondie du droit international coutumier et de la pratique pertinente des tribunaux internationaux que l'accord de l'OMC n'interdit pas « un membre de l'OMC de déterminer lui-même la composition de sa délégation dans une procédure de règlement des différends portés devant l'OMC »⁴²⁵. La faculté des membres de choisir la composition de sa délégation devant l'OMC s'applique également dans les réunions de fond avec le groupe spécial et les audiences de l'Organe d'appel. La participation d'un conseil juridique privé est aussi possible dans le but de présenter les arguments d'un membre ou par des cabinets juridiques privés dans le but d'élaborer des communications écrites des parties controversées.

Deux avocats ont été choisis par l'Indonésie dans l'affaire Indonésie-Automobiles⁴²⁶ afin de la défendre devant les groupes spéciaux. Les présentations des membres des délégations auprès des réunions des groupes spéciaux et auprès de l'audience de l'Organe d'appel doivent respecter les règles et les dispositions de l'OMC, surtout l'obligation de confidentialité de la procédure.

Nous avons justifié dans ce paragraphe la participation aux différentes phases du système de règlement de différends, réalisée sous plusieurs formes et voies dans le cadre de l'OMC. Il était incontournable de mettre l'accent sur la différenciation entre l'intervention sous la forme d'*amicus curiae* et celles fait par des États ou les délégations gouvernementales. Par ailleurs, au sein de l'Organe d'appel, il semble que l'*amicus curiae* est mieux accueilli (2).

⁴²⁴ CÔTE (C.-E.), « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », in BLIN (O.), dir., *Regards Croisés Sur le Règlement des Différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)*, Toulouse, Univ. des Sciences Sociales, 2006, p. 54.

⁴²⁵ Rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire « Communautés européennes - Régime applicable à l'importation à la vente et à la distribution des bananes ». WT/DS 27/AB/R, 9 septembre 1997, paragraphe 10.

⁴²⁶ Rapport du groupe spécial dans l'affaire « Indonésie - Certains mesures affectant l'industrie automobile », WT/DS55/R, 2 juillet 1998, paragraphes 4.22 et 4.23.

2 - L'accueil évolutif de l'*amicus curiae* par l'Organe d'appel

À travers une interprétation vaste des articles 13 et 17.9 du Mémoire et de l'article 16.1 de ses procédures de travail, on constate que les organes de l'OMC jouissent de divers droits et devoirs et que l'Organe d'appel a consacré l'ouverture de principe de l'*amicus curiae* devant les groupes spéciaux et devant elle (a). Bien que trouvant ses origines dans le droit romain, l'*amicus curiae* peut aujourd'hui être considéré comme une institution influencée par la pratique courante des pays de la *commun law*, ce qui ne contribue pas à établir une jurisprudence équilibrée et cohérente (b).

a - L'Organe d'appel et l'adoption des mémoires de l'*amicus curiae*

La question de l'*amicus curiae* demeure l'un des sujets les plus controversés dans le système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce. Elle porte en effet sur la participation d'acteurs privés à ce système et, plus généralement, sur la légitimité globale de l'OMC.

L'institution de l'*amicus curiae* permet à une personne privée, ne jouissant pas d'un intérêt juridique ou d'une capacité aussi importante, d'intervenir dans un différend au niveau national ou même international. Autrement dit, elle constitue une voie processuelle détournée d'un grand intérêt pour les acteurs privés ne jouissant d'aucun accès formel aux juridictions⁴²⁷.

À travers l'article 13.1 du Mémoire, la possibilité était octroyée aux groupes spéciaux de demander à toute personne ou à tout organisme les renseignements et avis techniques jugés nécessaires⁴²⁸. Selon cet article, les groupes peuvent également solliciter des renseignements de toute source utile et consulter des experts afin de bénéficier de leurs avis. Mais sont-ils tenus de les prendre en considération ?

⁴²⁷ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 4 et 401.

⁴²⁸ CANAL-FORGUES (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 24.

L'Organe d'appel a affirmé dans l'affaire CE – Hormones⁴²⁹ que le groupe spécial jouissait d'un pouvoir discrétionnaire à ce sujet. Ainsi, il revient au groupe spécial de s'adresser aux personnes privées afin de collectionner des informations. Par contre, la question de savoir si et sous quelles conditions les personnes peuvent soumettre des informations au groupe spécial est plus délicate à résoudre. Dès les premières affaires soumises au système de règlement des différends de l'OMC, plusieurs organisations non gouvernementales et entreprises privées avaient demandé la permission de fournir des communications aux groupes spéciaux, sous la forme d'*amicus curiae*, mais l'OMC a refusé leurs demandes suivant la pratique antérieure du GATT⁴³⁰.

Ultérieurement, dans l'affaire États-Unis – Crevettes⁴³¹ les États-Unis avaient soutenu la demande de différentes ONG pour présenter des mémoires devant le groupe spécial. Ce dernier avait estimé que, à moins que ces renseignements ne soient intégrés dans les mémoires d'une partie, les informations non demandées ne pouvaient pas être admises, l'acceptation n'étant réservée qu'aux renseignements sollicités. Au contraire, l'Organe d'appel avait considéré qu'une telle manière de procéder découlait d'une interprétation trop restrictive de l'article 13 du Mémoire. Selon l'Organe d'appel, le terme « demander » ne doit pas être entendu de manière trop étroite de façon à l'assimiler à une « interdiction d'accepter »⁴³².

Or, un groupe spécial, selon l'Organe d'appel, possède le pouvoir de manipuler les informations fournies par les privés, qu'elles aient été sollicitées ou non. Cela signifie d'une autre coté que le groupe spécial est devenu maître dans l'attribution ou non d'une information ou d'un renseignement pendant le règlement du litige⁴³³. D'après l'Organe d'appel, mêmes les communications découlant d'ONG attachées au mémoire d'une partie peuvent être acceptées par le groupe spécial⁴³⁴.

⁴²⁹ Communauté européenne – Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones) (WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R). Rapport d'appel commun aux deux affaires mis en circulation le 16 janvier 1998 et adopté le 13 février 1998, §§ 146-148.

⁴³⁰ STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2003, n° 2, p. 260.

⁴³¹ États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes, Rapport du groupe spécial (WT/DS58/R) du 15 mai 1998 et Rapport d'appel (WT/DS58/ AB/R) du 12 octobre 1998.

⁴³² *Ibid.*, Rapport d'appel, §§ 107-108.

⁴³³ ZAMBELLI (M.), « L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC: état des lieux et perspectives », *Revue Internationale de Droit Économique*, 2005, n° 2, p. 201.

⁴³⁴ *A priori*, l'Organe d'appel n'est juridiquement obligé d'accepter et d'examiner que les communications émanant de Membres de l'OMC qui sont parties ou tierces parties au litige.

L'Organe d'appel a également consacré l'ouverture d'un principe dans la procédure d'appel : l'intervention de l'*amicus curiae*. En effet, permettre l'*amicus curiae* exclusivement devant le groupe spécial présentait un intérêt limité. Toutefois les intérêts en jeu et l'importance de pouvoir soumettre des renseignements et des avis sont encore plus importants au stade de l'appel. Dans ce contexte, nous rappelons que l'Organe d'appel a un rôle spécifique par rapport au groupe spécial : alors que ce dernier se prononce sur les faits et le droit, le premier voit son pouvoir d'examen limité, selon l'article 17.6 du Mémoire d'Entente, aux seules questions de droit.

Si, dans l'affaire États-Unis - Crevettes, l'Organe d'appel a rarement fait appel aux soumissions d'*amicus curiae*⁴³⁵, il est apparu déterminant dans l'affaire États-Unis - Acier britannique⁴³⁶ en affirmant qu'il possède un pouvoir comparable à celui du groupe spécial sur la base de l'article 13 du Mémoire d'Entente. Il indique notamment qu'il dispose d'un large pouvoir et est « habilité légalement à décider de l'opportunité d'accepter et d'examiner ou non les renseignements [qu'il estime] pertinents et utiles dans le cadre d'une procédure d'appel »⁴³⁷. Portant, si le pouvoir est identique pour les deux organes, la base juridique est différente : afin de pouvoir accepter ou refuser des renseignements d'*amicus curiae*, l'Organe d'appel s'est fondé sur l'article 17.9 du Mémoire d'Entente⁴³⁸ et sur la disposition 16.1 de ses procédures de travail⁴³⁹.

La pratique adoptée par l'Organe d'appel au sein de l'OMC quant aux mémoires de l'*amicus curiae* n'est en fait pas une réelle nouveauté. Elle est largement inspirée par le droit anglo-saxon (b), qui a une forte influence sur le droit international.

⁴³⁵ STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.* pp. 250-266.

⁴³⁶ États-Unis - Imposition de droits compensateurs sur les produits dérivés de l'acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (WT/DS138/AB/R). Rapport d'appel du 10 avril 2000, p. 42.

⁴³⁷ *Ibid.*, § 39.

⁴³⁸ Article 17.9 du Mémoire d'Entente : L'Organe d'appel, en consultation avec le Président de l'ORD et le Directeur général, élaborera des procédures de travail qui seront communiquées aux Membres pour leur information.

⁴³⁹ WT/AB/WP/6, 16 août 2010, Procédures de travail pour l'examen en appel, l'article 16.1 dispose que : « Pour assurer l'équité et le bon déroulement d'une procédure d'appel, dans les cas où se pose une question de procédure qui n'est pas visée par les présentes règles, une section pourra adopter une procédure appropriée aux fins de cet appel uniquement, à condition que celle-ci ne soit pas incompatible avec le Mémoire d'Entente, les autres accords visés et les présentes règles ».

b - L'Organe d'appel et le courant anglo-saxon en droit international

L'effet du courant anglo-saxon sur les procédures du système de règlement des différends à l'OMC est évident. Ces procédures des panels et de l'Organe d'appel, bien qu'elles soient largement inspirées des systèmes de droit civil, ressemblent au fonctionnement des tribunaux relevant de la *commun law*⁴⁴⁰. Th. Christoforou constate : « Les panels se reposent sur les parties en ce qui concerne la recherche des preuves, ce qui situe dans la tradition de la *Commun Law*, dans laquelle les parties effectuent la plus grande partie de l'établissement des faits, conformément à ce que l'on appelle le système accusatoire »⁴⁴¹. Bien que trouvant ses origines dans le droit romain, l'*amicus curiae* peut aujourd'hui être décrit comme une institution influencée par la pratique courante des pays de la « *commun law* »⁴⁴².

Des pays d'origine anglo-saxonne comme les États-Unis furent les acteurs pionniers au stade de la négociation des accords de Marrakech et au processus de préparation des juristes du secrétariat de l'OMC⁴⁴³. Cette présence remarquable va amener M. V. Pace à solliciter un changement de la composition de l'Organe d'appel « afin de réduire l'influence anglo-saxonne et de mieux prendre en compte toutes les dimensions de l'environnement international »⁴⁴⁴. L'intense participation des États-Unis à l'élaboration des procédures de l'ORD a conduit d'une façon ou d'une autre à influencer indirectement le système. De plus, il s'avère important de mentionner, depuis la mise en œuvre des accords de l'OMC, une implication accentuée des cabinets d'avocats « *Law Firms* » de culture anglo-saxonne auprès des organes de règlement des différends ; d'ailleurs, on peut noter une abondance de la littérature spécialisée en langue anglaise en comparaison du faible nombre d'études en langue française par exemple⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du Droit international public*, op. cit., p. 514.

⁴⁴¹ CHRISTOFOROU (Th.), « L'expertise scientifique au service du commerce international : analyses, perspectives », in MALJEAN-DUBOIS (S.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 477.

⁴⁴² ASCENSIO (H.), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, n° 4, p. 897.

⁴⁴³ PAUWELYN (J.), « The Limits of Litigation: « *Americanization* » and Negotiation in the Settlement of WTO Disputes ». *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 2003, p. 121 et suiv. L'auteur a utilisé dans cet article le terme « américanisation » dans un sens proche de « rationalisation » ou même de « juridictionnalisation ».

⁴⁴⁴ PACE (V.), « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *RGDIP*, n° 3, 2000, p. 627.

⁴⁴⁵ Durant notre recherche successive auprès des différentes bibliothèques universitaires, de l'OMC, et la consultation des sites internet, on a remarqué que les études concernant l'OMC en langue française sont assez

Nous remarquons la même tendance auprès de la CIJ qui mentionne dans son article 59 que « la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé ». Selon cet article, la CIJ, comme c'est l'habitude des systèmes de « *Common Law* », a exclu l'application en droit international du principe de « *stare decisis* »⁴⁴⁶. Pourtant, cela n'a pas empêché la Cour de recourir aux précédents, même s'agissant de ses propres décisions et avis antérieurs, à plusieurs reprises afin de consolider sa propre autorité et pour réaliser une cohérence globale de sa jurisprudence⁴⁴⁷. L'Organe d'appel a aussi recouru souvent aux précédents, ce qui n'était pas le cas des panels qui préféraient plutôt l'autocitation⁴⁴⁸. H. Ruiz Fabri a souligné que « le souci (jurisprudential) est manifeste chez l'Organe d'appel qui pratique énormément les références à la doctrine et aux décisions antérieures »⁴⁴⁹.

La réussite de la technique du recours aux précédents provient du confort évident du juge qui lui permet de se reposer sur les décisions antérieures et de la sécurité juridique qui rassure les États. Pourtant, on trouve que l'appui par le courant de la « *Common Law* » seulement n'est pas suffisant afin d'établir une jurisprudence équilibrée et cohérente.

Malgré l'admission de principe de l'*amicus curiae* par l'Organe d'appel, les Membres de l'OMC restent plutôt réservés. La soumission spontanée des mémoires s'avère difficile à mener sur le plan juridique, voire même politique. Ainsi le rôle réel de l'*amicus curiae* reste toujours modeste. Il nous semble peu probable que les Membres vont solutionner à court terme la question de l'intervention de l'*amicus curiae*. Afin de ne pas se trouver dans une situation de vide juridique et en l'absence d'accord des Membres concernant ce sujet, des conditions bien encadrées doivent être stipulées par l'Organe d'appel (B) afin de les convaincre de l'efficacité de l'intervention de l'ami.

restreintes surtout en recourant aux bibliothèques en ligne comme amazon.fr/com. (JAYME E., éd., *langue et Droit*, XV Congrès International de Droit Comparé, Bristol 1998, Bruxelles, Buylant, 1999, 373 p).

⁴⁴⁶ La règle du précédent ou *stare decisis* (latin: rester sur la décision) est une règle de droit s'appliquant particulièrement dans les pays de *common law*. www.Fr.wikipedia.org

⁴⁴⁷ KIEFFER (B.), L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du Droit international public, sous dir. PETIT (Y.), Univ. Robert Schuman ; Strasbourg III, 13 juillet 2006, p. 515.

⁴⁴⁸ L'autocitation signifie la citation de passage de rapports antérieurs auprès le même panel.

⁴⁴⁹ RUIZ FABRI (H.), « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C.: trois ans après, quinze rapports plus tard », *Revue Générale de Droit International Public*, n°1, 1999, p. 54.

B - Les exigences de l'intervention de l'*amicus curiae*

L'intervention de l'*amicus curiae* ne se fait que sous de strictes conditions. Celles-ci concernent d'une part la possibilité même de son intervention (1), d'autre part la forme de sa participation (2).

1 - Les conditions prévues pour la participation

Si la jurisprudence de l'Organe d'appel a ainsi consacré l'ouverture de principe en faveur de l'*amicus curiae*, elle a cependant dessiné un cadre juridique bien détaillé.

La déposition des mémoires des *amicus curiae* auprès du groupe spécial ou de l'Organe d'appel doit être soumise à plusieurs critères. Ils se déterminent à la lumière de deux éléments: d'une part, l'intérêt que peut avoir l'auteur d'un *amicus curiae* à prendre part à la procédure, d'autre part, l'autorisation qui doit lui être accordée par l'Organe d'appel⁴⁵⁰.

Le premier élément nous apparaît contradictoire avec la nature du système de règlement des différends qui est en principe étatique. En effet, les États membres de l'OMC et les tierces parties n'ont pas d'intérêt à intervenir sous cette forme car ils ont déjà un accès possible au système. Pourtant, le fait de représenter l'intérêt matériel des acteurs privés par un ami peut aussi attirer les États à se soumettre à cette forme d'intervention. Dans l'affaire CE-Sardines, le Maroc s'est présenté directement devant l'Organe d'appel⁴⁵¹, où le système actuel ne permet pas à un membre de se présenter directement au stade de l'appel s'il n'était pas intervenu comme une tierce partie devant le groupe spécial⁴⁵². Pour lui, une soumission d'*amicus curiae* est la seule méthode possible afin de présenter son point de vue. En acceptant la demande du Maroc, l'Organe d'appel a permis aux membres de se présenter sous cette nouvelle forme d'intervention. Une modification pour accepter les Membres comme tierces

⁴⁵⁰ ZAMBELLI (M.), « L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC: état des lieux et perspectives », *op. cit.*, p. 202.

⁴⁵¹ WT/DS231/AB/R, 21 avril 2001, §§ 167-169.

⁴⁵² L'article 17.4 du Mémoire stipule : « Les tierces parties qui auront informé l'ORD qu'elles ont un intérêt substantiel dans l'affaire conformément au paragraphe 2 de l'article 10 pourront présenter des communications écrites à l'Organe d'appel et avoir la possibilité de se faire entendre par lui ».

parties à la phase d'appel semble théoriquement nécessaire afin de diminuer leur intervention, étrange, comme *amicus curiae*⁴⁵³.

Le deuxième élément découle du pouvoir discrétionnaire de l'Organe d'appel de refuser ou non la demande de l'*amicus curiae*. Il a déjà confié ce droit au groupe spécial dans l'affaire États-Unis – Crevettes en indiquant qu'« un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, qu'il les ait ou non demandés »⁴⁵⁴.

L'Organe d'appel a affirmé qu'il dispose du même droit discriminatoire vis-à-vis des *amicus curiae*, ce qui lui permettra de filtrer la masse des demandes présentées : « L'Organe d'appel n'a pas l'obligation juridique d'accepter ou d'examiner des mémoires d'*amicus curiae* présentés spontanément par des particuliers ou des organisations qui ne sont pas Membres de l'OMC. L'Organe d'appel n'a l'obligation juridique d'accepter et d'examiner que les communications émanant de Membres de l'OMC qui sont parties ou tierces parties à un différend donné »⁴⁵⁵.

Il nous semble indispensable de noter que la situation étudiée diffère de celle où les mémoires des acteurs non étatiques sont intégrés dans les documents soumis par une partie. Dans ce cas, ils occupent le même statut que les documents des parties et leurs mémoires sont définitivement pris en compte⁴⁵⁶. Cette façon de participer ouvre une voie assez importante pour les entités privées afin d'améliorer la dimension de leur accès. Théoriquement, la nécessité d'intervention sous cette forme perdra sa valeur dès que la participation d'*amicus curiae* sera reconnue au stade de système de règlement des différends de l'OMC.

Une procédure additionnelle *ad hoc* a été définie par l'Organe d'appel dans l'affaire CE-Amiantes dans le but d'éclairer les conditions formelles et objectives qui doivent être suivies dans les demandes des *amicus curiae*. Cette demande doit comporter, selon cette procédure, le statut juridique du requérant, la nature de l'intérêt présenté, les questions du droit spécifiques couvertes par le rapport des *amicus*, une déclaration indiquant si le requérant a un lien, direct

⁴⁵³ Une proposition soumise par l'Argentine, le Brésil, le Canada, l'Inde, le Mexique, la Nouvelle-Zélande et la Norvège : Document JOB(05)/19, du 22 février 2005.

⁴⁵⁴ Rapport du groupe spécial (WT/DS58/R) du 15 mai 1998 et Rapport d'appel (WT/DS58/ AB/R) du 12 octobre 1998 § 108.

⁴⁵⁵ États-Unis - Imposition de droits compensateurs sur les produits dérivés de l'acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni (WT/DS138/AB/R). Rapport d'appel du 10 avril 2000, §§ 41-42.

⁴⁵⁶ STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.*, p. 263.

ou indirect, avec toute partie ou tierce partie au présent différend. Cette procédure a bénéficié d'une large communication par le Secrétariat : publication sur son site web le 7 novembre 2000 et envoi par courrier électronique le jour même de son adoption à toutes les ONG de la liste de diffusion de l'OMC, ce qui permet de parler d'une « véritable incitation à présenter »⁴⁵⁷.

Malgré le fait que lesdites conditions de la procédure contribueraient à élaborer des règles objectives générales concernant l'intervention de l'*amicus curiae*, aucune personne privée n'a réuni toutes les conditions requises par elle ; toutes les demandes ont essuyé un refus⁴⁵⁸. Les critiques multiples adressées par la majorité des États membres contre l'Organe d'appel lors de la réunion extraordinaire du Conseil général de l'OMC du 22 novembre 2000 étaient les raisons de cette position restrictive de l'Organe.

Malgré l'importance de toutes ces conditions et règles, concernant la forme ou le fond, appliquées à l'intervention de l'*amicus curiae* dans le système de règlement des différends, l'impression existante est que l'interdiction demeure la règle et l'acceptation de l'*amicus* reste l'exception. En plus des conditions précédentes, l'Organe d'appel a stipulé les conditions exigées du contenu des mémoires de l'*amicus curiae* (2).

2 - Les conditions du contenu de la participation

Comme le système de règlement des différends est étatique et que la procédure orale est confidentielle, la forme possible d'intervention des *amicus curiae* devant les tribunaux administratifs internationaux, les juridictions régionales de protection des droits de l'homme et l'ORD est habituellement le dépôt d'un mémoire.

Les conditions du contenu des mémoires de l'*amicus curiae* étaient prédéterminées par l'Organe d'appel dans l'affaire CE – Amiante⁴⁵⁹ :

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 270.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 271.

⁴⁵⁹ *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant* (WT/DS/135/AB/R). Rapport d'appel du 12 mars 2001, § 52.

« [Le mémoire]

- a) sera daté et signé par la personne déposant le mémoire ;
- b) sera concis et ne comportera en aucun cas plus de 20 pages dactylographiées, y compris tout appendice ; et
- c) comprendra un exposé précis, strictement limité aux arguments juridiques, à l'appui de la position juridique du requérant sur les questions de droit ou interprétations du droit figurant dans le rapport du groupe spécial au sujet desquelles le requérant s'est vu accorder l'autorisation de déposer un mémoire écrit » .

Si l'autorisation de l'Organe d'appel n'encadre pas précisément le contenu des informations à fournir, il ne faut pas que l'*amicus curie* adresse de nouvelles questions dépassant les termes du mémoire⁴⁶⁰. Sinon les parties au litige doivent avoir la possibilité de répondre, ce qui va allonger les délais des procédures et confondre le champ du différend car le requérant ne constitue pas une partie et il ne peut pas être un *locus standi* (avoir la qualité pour agir) devant la juridiction sollicitée⁴⁶¹.

La question qui se pose ici est de savoir si l'*amicus curiae* peut aller jusqu'à présenter des recommandations et suggestions⁴⁶². Cette possibilité serait imaginable dans l'hypothèse où les termes de l'autorisation sont donnés de manière générale ou préalable. Néanmoins, la tendance dominante dans ce contexte est que l'*amicus curiae* intervienne principalement afin de donner un appui technique, laissant l'organe libre de formuler sa décision. Par conséquent, la meilleure recommandation consiste à suggérer à la juridiction de prendre en compte des éléments factuels ou juridiques présentés en raison de leur valeur juridique.

Malgré le fait que l'encadrement de la forme et du contenu de la participation des *amicus curiae* devant les organes de règlement des différends à l'OMC semble claire et bien ciblée, nous trouvons que ces conditions visent à garder le rôle de l'ami limité, plutôt paralysé.

Cette étude précédente visait à montrer plus clairement l'importance de l'aide apportée par l'*amicus curiae* au juge national, voire même aux juridictions internationales. Par ailleurs, il s'avérait important de mentionner les conditions et l'évolution de l'accueil de l'*amicus curiae*

⁴⁶⁰ CHINKIN (C.), *Third Parties in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 241.

⁴⁶¹ ASCENSIO (H.), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *op. cit.*, p. 921.

⁴⁶² TOMUSCHAT (C.), « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century- General Course on Public International Law », *RCADI*, vol. 281, 1999, p. 157.

par les différents organes de l'OMC. Nous trouvons primordial désormais de se pencher sur les limites d'une telle intervention (Paragraphe II).

Paragraphe II - les limites de l'intervention des *amicus curiae*

La participation de l'*amicus curiae* au travail de la juridiction est encadrée et se heurte à des limites. Elle se différencie de l'intervention des parties et est en ce sens marquée par l'originalité (A). Par ailleurs, l'invitation d'un *amicus curiae* peut être risquée du point de vue des États (B).

A - Une intervention originale de l'*amicus curiae*

L'influence de l'intervention des *amicus curiae* sur les décisions du tribunal est une question délicate, voire même impossible à évaluer. Le manque de recherche sur cette influence est évident ce qui rend obscur la mesure de l'effet de la participation des privés sur le raisonnement judiciaire⁴⁶³. Les parties n'arrivent pas à savoir si le tribunal, dans l'état actuel du droit, prend en considération ou non les observations présentées par les amis⁴⁶⁴. Afin de surmonter cette lacune sérieuse, une amélioration de la situation du cadre juridique de l'*amicus curiae* semble être nécessaire.

Etant non partie, l'*amicus curiae* ne jouit ni des avantages juridiques ni des prérogatives octroyées aux parties de litige (1), cette absence de capacité procédurale rend son rôle restrictif comme un simple assistant de tribunal qui ne possède pas ni le pouvoir propre ni l'autonomie (2)⁴⁶⁵.

⁴⁶³ SANDSTROM SIMARD (L.), « An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism », *Revue of Litigation*, 2008, vol. 27, pp. 670-685.

⁴⁶⁴ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 409.

⁴⁶⁵ Ligne directrice 18 : En aucun cas, l'*amicus curiae* ne devient partie à l'instance, <http://amicuscuriae.over-blog.com/categorie-11579597.html>, consulté le 25/02/2013.

1 - L'*amicus curiae*, une non partie

Les expressions qualifiant l'*amicus curiae* comme « partie non-contractante », « non-partie », « tierce partie », reflètent la difficulté évoquée de reconnaître la participation d'un tiers qui n'a pas d'intérêt public. L'expression « tierce partie », un membre qui n'est ni le plaignant ni le défendeur, vient de l'expression anglaise « third party » qui nous semble une traduction inexacte. Cette traduction pourrait « supposer qu'il y aurait ainsi trois catégories de participation au procès : Les parties, les tiers et les non parties »⁴⁶⁶. Or seulement les parties et les tiers peuvent se présenter devant les organes de l'OMC. Les *amicus curiae* ne constituent pas un acteur actif dans les procédures mais plutôt une non-partie représentant un facteur de bon fonctionnement du système. D'un autre côté, on ne peut pas non plus désigner l'*amici* comme une « partie non contestante » car l'acte de contestation est indispensable pour gagner la qualité d'une partie. Ainsi, comme l'*amicus curiae* ne conteste pas, il représente simplement un privé intervenant et non pas une partie.

Il ne faut confondre dans aucun cas l'intervention d'entités publiques particulières⁴⁶⁷, possédant des larges pouvoirs d'investigation, avec l'intervention des groupes d'intérêts privés. Les États peuvent, *a priori*, adopter des stratégies de participation privées mais la difficulté est dès lors de chercher le fondement juridique de ces *amici* privilégiés. Pour répondre à ce manquement, une procédure pour avis en qualité d'*amicus curiae* est probablement la solution. Les pouvoirs énormes octroyés aux intervenants publics vont encourager probablement les autres *amicus curiae*, privés et spontanés à réclamer l'extension de ces droits aussi⁴⁶⁸.

Les origines du « *litigating amicus curiae* remontent »⁴⁶⁹, selon M. Lowman, à l'octroi, par les juridictions de quelques États américains dans les années soixante-dix, de prérogatives

⁴⁶⁶ KESSEDJIAN (C.), « De quelques pistes pour l'encadrement procédural de l'intervention des *amici curiae* », *op. cit.*, p. 96.

⁴⁶⁷ Comme par exemple la participation : des procureurs généraux, de la Commission européenne devant les juridictions nationales, des autorités administratives indépendantes devant les juridictions civiles françaises.

⁴⁶⁸ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 411.

⁴⁶⁹ « Courts failed to explicitly distinguish the governmental *litigating amici curiae* from their private counterparts. As a result, these decisions left open the possibility of allowing private entities, most notably public interest groups, to step out of their more constrained roles of information providers into a more active role in litigation », (LOWMAN M. « The *Litigating Amicus Curiae*: When Does the Party Begin After the Friends Leave? », *American University Law Review*, 1992, vol. 41, p. 1267).

importantes aux entités publiques⁴⁷⁰. Nous pouvons trouver le même phénomène d'une manière importante auprès des certains mécanismes internationaux de règlement des différends où la société civile essaye de réserver une place plus importante dans les procédures à l'*amicus curiae* qui a la possibilité d'exposer et de contester la preuve⁴⁷¹.

Il est à noter que l'*amicus curiae* réussit à obtenir des avantages plus importants quand il défend l'intérêt public que quand il défend l'intérêt privé. Aussi, même s'il s'approche de l'intervenant, ce qui lui accorde des droits multiples, il ne constitue toujours pas une partie au litige. Dans l'affaire Hendricks⁴⁷², l'*amici* s'est imposé en tant que partie et a formulé un appel contre la décision rendue sur le fond par la Cour Supérieure du Québec affirmant une ligne directrice selon laquelle l'*amicus curiae* ne devient jamais une partie.

Il est vrai que le tribunal peut octroyer des prérogatives aux *amicus curiae* au cas par cas, mais cela ne leur donne pas le droit de se comporter comme un acteur (partie) de la procédure⁴⁷³. Ainsi, comme il n'est pas une partie, il ne subit pas les mêmes effets des procédures et il ne jouit pas de capacité procédurale (2).

2 - L'absence de capacité procédurale de l'*amicus curiae*

Selon la Cour Supérieure du Québec : L'*amicus curiae* n'a pas le statut de partie à l'instance (...) dès lors, il ne peut pas, par exemple, participer ou procéder à des interrogatoires, présenter une preuve ou faire entendre des témoins, ni d'ailleurs s'immiscer dans l'instance autrement que par l'entremise de représentation lors de l'instruction⁴⁷⁴. La cour a rajouté aussi que l'intervention s'appuyant sur le fondement de l'article 211 du Code de procédure civile

⁴⁷⁰ Le juge reconnaît « Their hybrid status falls somewhere between that of an *amicus curiae* and an intervenor, both of which grew out of equity practice ». (MENÉTREY S, *op. cit.*, p. 411).

⁴⁷¹ L'affaire UPS v. Government of Canada, Decision of the Tribunal on petition for Intervention and Participation as Amici Curiae, 17 October 2001, par. 4.

⁴⁷² Hendricks c. Québec (Procureure générale), J.E. 2001-1581 (C.S.).

⁴⁷³ BECKWITH (J.), SOBERHEIM (H.), « Amicus Curiae – Minister of Justice », *Forham Law Review*, 1948, vol. 17, p. 50.

⁴⁷⁴ *Institution royale pour l'avancement des sciences, des gouverneurs de l'Université McGill c. Québec (Commission de l'équité salariale)*, 2005 IJCan 8151 (QCC.S.), J.E. 2005-991 (C.S.), par. 4.

qui stipule⁴⁷⁵ : « n'implique aucunement l'administration de quelque preuve que ce soit de la part de l'intervenant qui n'a ni le pouvoir ni le droit de produire des témoins ni de contre-interroger les parties et leurs témoins durant l'audience. Son droit se limite exclusivement à faire des représentations au tribunal durant les plaidoiries des parties »⁴⁷⁶.

Le rôle de l'*amicus curiae* devant les tribunaux de l'OMC est restrictif et conditionné à une autorisation pour chacun de ses actes. Il est simplement un assistant de tribunal qui ne possède ni le pouvoir propre ni l'autonomie⁴⁷⁷. Étant considéré comme un assistant extérieur au débat judiciaire qui fournit uniquement des informations, l'*amicus curiae* ne participe pas non plus à l'affrontement lors de la plaidoirie des parties « il se joint simplement à la cause qui est débattue pour dire ce qu'il pense (...), il n'est pas un contradicteur puisqu'il n'appuie et ne combat personne »⁴⁷⁸. L'ami de la court est obligé de respecter les arguments des parties, les vrai acteurs de litige, et ne donne que son avis.

L'*amicus curiae* ne répond pas aux critères essentiels de la qualité de partie au litige : au critère formel qui consiste à être tenu par le lien juridique d'instance et au critère matériel qui consiste à être engagé dans le litige qui forme la matière de l'instance⁴⁷⁹. Subséquemment, il ne sera pas obligé de démontrer un intérêt juridique pour justifier son intervention et ne sera pas, selon l'article 211, non plus lié par l'autorité de la chose jugée. Sa participation ne sert ni à une vrai évolution du litige ni à un changement de la matière de l'instance. L'*amici* n'intervient pas dans une procédure pour faire valoir ou maintenir ses droits.

L'*amicus curiae* ne sera ni gagnant ni perdant⁴⁸⁰ mais il obtient, à l'instar de l'avocat général, satisfaction quand le tribunal le suit dans ses conclusions. De plus, l'*amici* ne peut contester ni la décision de l'accueillir ou non, ni la décision à laquelle pourtant il a participé⁴⁸¹. En effet, même si aucun avantage juridique n'est attendu de l'intervention de

⁴⁷⁵ Les termes de l'article 211 C.p.c. réduisent l'*amicus curiae* à un rôle bien précis : « c'est pour permettre des représentations devant le Tribunal, c'est pour permettre de plaider et non pas pour permettre de faire des procédures, de faire des objections ou de faire des requêtes interlocutoires ».

⁴⁷⁶ *Société de services en signalisation SSS inc. c. Compagnie mutuelle d'assurance Wawanesa*, 2006 QCCQ 11441 ; par. 17.

⁴⁷⁷ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 413.

⁴⁷⁸ LIÈVREMONT (Ch.), *le débat en droit processuel (contribution à une théorie générale du débat)*, Aix-Marseille, PUAM, 2001, p. 54.

⁴⁷⁹ BUSSY (F.), « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *Dalloz*, 2003, pp. 1376-1379.

⁴⁸⁰ SONGER (D.), « Interest Group Success in Courts: Amicus Participation in the Supreme Court », *Political Research Quarterly*, 1993, vol. 46, pp. 344-348.

⁴⁸¹ La Cour d'appel du Québec a autorisé de manière critiquable un *amicus curiae* à former un appel contre la décision rendue au fond dans une affaire où le Procureur général de Québec avait choisi de ne pas exercer ce droit *Ligue catholique pour les droits de l'Homme c. Hendricks*, REJB 2004-55341 (C. A.).

l'*amicus curiae*, il peut avoir des effets extra-juridiques comme par exemple : « notoriété, subventions, éclosion d'un environnement normatif favorable à ses intérêts,... »⁴⁸². Toutefois, « le caractère limité de la participation privée des *amici curiae* n'est pas complètement sans bénéfice pour eux. Parce que l'*amicus curiae* manque généralement du statut de partie ou de la capacité de contrôler le développement du litige, l'*amici curiae* privé peut, dans la plupart des cas, participer au libre suivi de la chose jugée »⁴⁸³. Mais, comme l'*amici* n'est pas une partie au litige et n'a rien à voir avec les suites de la chose jugée, il a la possibilité d'assister à une répétition afin de réaliser une modification sur la règle de droit en compatibilité avec ses intérêts; ce qui peut être considéré comme une évolution importante pour lui malgré le fait qu'il soit un intervenant étranger à la procédure.

Tandis que l'évolution du droit par les méthodes judiciaires constitue un processus compliqué, voire coûteux, le forum judiciaire forme la réponse accessible pour un grand nombre des privés désirant réaliser ses objectifs⁴⁸⁴. Par cette méthode, la participation rationnelle et successive des privés, n'ayant pas le statut procédural, servira à soutenir leurs arguments pour donner des droits soulevant les problématiques de la participation de l'*amicus curiae*⁴⁸⁵.

Après avoir observé le positionnement exact de l'*amicus curiae* dans les prétoires et vu les limites de son intervention, il nous semble important de présenter les craintes de cette intervention éventuelle (B).

⁴⁸² KOBYLKA (J. f.), « A Court-Created Context for Group Litigation: Libertarian Groups and Obscenity », *Journal of Politics*, vol. 49, 1987, pp. 1073-1078.

⁴⁸³ Traduit par nos soins : « The limited nature of private *amici curiae* participation is not completely without benefit for the amici. Because the *amicus curiae* generally lacks party status or the ability to control the course of litigation, the private amici can, in most instances, participate in the suit free of *res judicata* », (Lowman M. « The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave? », *op. cit.*, p. 1260).

⁴⁸⁴ GALANTER (M.), « Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change », *Law and Society*, 1974, p. 135.

⁴⁸⁵ SCHWEITZER (D.), « Fundamentals of Preparing a US Supreme Court Amicus Brief », *op. cit.*, p. 532.

B - Une intervention risquée de l'*amicus curiae*

Le concept originnaire d'un litige est d'avoir deux parties revendiquant leurs droits et faisant entendre leurs avis. Ce concept risque de rencontrer un changement de contenu lors de l'intervention des *amicus curiae* en élargissant l'extension du contradictoire entre les parties (1). Pourtant, l'accès intensif des privés au procès judiciaire n'aboutit pas à une vraie légitimité des décisions qui doit être acceptée par l'ensemble du corps social, mais plutôt à une légitimité de façade (2).

1 - L'extension du contradictoire au-delà des parties

Il est vrai que le litige est un différend qui touche les intérêts des parties mais il touche aussi les intérêts des tiers. Quand ces derniers sont touchés par le litige, l'échange contradictoire entre les parties comme une source unique et exclusive d'information du juge ne suffit plus⁴⁸⁶. Compte tenu du fait que l'effet relatif des décisions judiciaires ne reflète pas la réalité du procès actuel, il est nécessaire que les droits procéduraux laissent une place aux tiers afin que l'ensemble des intérêts concernés soit pris en compte. Les procédures se restructurent en privilégiant les tiers sans intérêt juridique dans le litige, mais affectés par « l'onde de choc »⁴⁸⁷ de la décision.

Un espace plus accueillant par rapport à l'intervention des privés va établir un processus discursif qui contribue à mieux assurer la légitimité de la décision et à prendre en considération l'intérêt plus général que celui des parties. Il apparaît que l'échange contradictoire entre deux parties privées est loin de réaliser une représentativité satisfaite ou même une conciliation entre des acteurs privés ce qui porte atteinte à leurs intérêts⁴⁸⁸. Le rôle

⁴⁸⁶ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 124.

⁴⁸⁷ MAYMAT (J-C.), « L'effet injuste d'un jugement juste », in FRISON-ROCHZ (M-A.), dir., *De l'injustice au juste*, Paris, Dalloz, 1997, p. 92.

⁴⁸⁸ Par exemple voir la décision *Perruche* rendue par la Cour de cassation. (Arrêt *Perruche*, Ass. Plén., 17 novembre 2000 (Bull. Ass. Plén., n°9, p. 15, *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2001, n° 20, p. 4) confirmé

du juge consistera alors moins à déterminer une vérité judiciaire par la comparaison des avis et des intérêts des parties qu'à élaborer une norme sociale plus générale. La légitimité de cette norme ne se situe pas dans l'affirmation de valeurs au détriment d'autres, mais repose plutôt sur un concept, à savoir que la décision judiciaire doit prendre en compte toutes les valeurs de la société sur une base d'égalité⁴⁸⁹.

Selon la Cour Suprême du Canada, la participation des *amici curiae* serait justifiée si leur intervention conduisait « à l'efficacité du processus de décision en assurant que toutes les questions litigieuses sont présentées dans un contexte pleinement contradictoire »⁴⁹⁰. Une délibération prenant en compte le plus d'intérêts sociaux possible doit devenir la base de tout processus décisionnel. J. Sopinka a affirmé que la Cour doit élargir le champ de participation afin que tous les intérêts légitimes soient pleinement représentés dans le processus⁴⁹¹.

La Commission de Réforme du Droit de l'Ontario a indiqué aussi que : « L'intervention peut favoriser une meilleure et plus satisfaisante prise de décisions en faisant en sorte que la cour soit entièrement armée avec toutes les informations pertinentes et les points de vue à partir d'un éventail d'intérêts engagés. L'intervention peut être un mécanisme efficace pour assurer la participation pluraliste, en fournissant au tribunal l'opportunité d'une appréciation entière des conséquences et des questions devant elle et de l'impact des plus larges principes qu'il va contribuer à établir »⁴⁹². Ce genre d'intervention permettra l'expression de multiples non-traditionnels intérêts juridiques dans les processus judiciaires. Une préoccupation identique motive le groupe de travail sur les évolutions de jurisprudence devant la Cour de cassation française qui souhaite « un élargissement du débat mené devant le juge à l'occasion des

par la même Assemblée plénière le 13 juillet 2001 (Bull. Ass. Plén., n °10, p. 21) et le 28 novembre 2001 (Bull. Ass. Plén., n °16, p. 33).

⁴⁸⁹ « It is reasonable to assume that decisions taken on the basis of an inclusive discursive process are of a better quality than decisions taken by a more limited and partly unrepresentative group of people without any process of external consultation, information is lost in undemocratic decision processes and many points can be left unconsidered », (LINDBLOM A-K. *Non-Governmental Organizations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 30).

⁴⁹⁰ *Re Workers' Compensation Act*, 1983 [1989] 2 R.C.S. 335, (MENÉTREY S., *op. cit.*, p. 282).

⁴⁹¹ SOPINKA (J.), « Intervention », *The Advocate*, vol. 46, 1988, p. 885

⁴⁹² Traduit par nos soins, « Intervention can promote better informed and more acceptable satisfactory decision-making by ensuring that the court is fully armed with all relevant information and viewpoints from a spectrum of implicated interests. Intervention can be an effective mechanism for ensuring pluralisme participation, providing the court with an opportunity for a fuller appreciation of the consequences of the questions before it and of the broader impact of the principles it is about to shape » Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Standing*, Toronto, *Le ministère de l'avocat général*, 1988, p. 112.

décisions par lesquelles il modifie l'état du droit [car] le débat judiciaire doit être en cohérence avec la portée de la décision qui en fournit l'occasion »⁴⁹³.

En somme, la participation des *amicus curiae* au jeu du contradictoire sert à rééquilibrer la présence des intérêts au processus judiciaire et assure d'une façon ou l'autre, la collaboration des éléments de la société civile dans l'élaboration de la règle de droit. Toutefois, cette participation doit être réelle et efficace sinon on se trouve dans un cas de légitimité de façade (2).

2 - Le risque d'une légitimation de façade

En acceptant la participation des *amicus curiae*, le juge engage une évaluation des effets de leur présence sur l'ensemble du tissu social. Il opte pour une légitimité plus forte de ses décisions⁴⁹⁴.

Le juge québécois et quelquefois le juge canadien posent la question sur la possibilité des groupes privés « de l'assister dans la solution des problèmes et de représenter certains groupes ou certains intérêts sociaux susceptibles d'être affectés par la solution que dégageront les tribunaux »⁴⁹⁵. Pourtant, l'admission systématique d'*amicus curiae* est devenue la règle auprès de la Cour Suprême des États-Unis⁴⁹⁶, même si leur efficacité n'est pas évidente, afin de s'assurer la plus large légitimité. En conséquence, la valeur de son admission formelle supplante la contribution de l'*amicus curiae* et contribue pourtant à la légitimation du pouvoir judiciaire.

P. Collins lie l'augmentation récente et spectaculaire de la présence d'*amicus curiae* auprès de la Cour suprême à une « routinisation » de la façon dont sont considérées les mémoires d'*amicus curiae* par la Cour. En d'autres termes, le fait que la participation d'*amicus curiae* est

⁴⁹³ MOLFESSIS (N.), (Groupe de travail dirigé par), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, LexisNexis, 2005, 193 pages, p. 41.

⁴⁹⁴ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 126.

⁴⁹⁵ *Caron c. Canada (Procureur Général)* (1988) RJ.Q. 2333 (C.A.), p. 2333; *Québec (Procureure Générale) c. Entreprises WFH Ltée*, REJB 2000-16814 (C.A.).

⁴⁹⁶ « The general practice of the U.S. Supreme Court, for reasons not entirely obvious, is to allow essentially unlimited amicus participation », (CALDEIRA G. « Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How much? », *Journal of Politics*, vol. 52, 1990, p. 784).

désormais présente dans presque tous les cas entendus par la Cour peut avoir changé la façon dont ces mémoires sont pris en compte⁴⁹⁷. Les juges se sont divisés en deux parties, l'une refuse le recours systématique aux mémoires des *amicus curiae* pour laisser le choix aux juges d'accepter ou non. Le juge Chabot, par exemple, soutient ce refus de cette thèse en indiquant que « les tribunaux judiciaires sont, de par la Constitution, légitimes »⁴⁹⁸. L'autre partie regroupe les juges qui sont favorables au recours systématique aux mémoires des *amicus curiae* afin d'assoir leur décision sans compter totalement sur les arguments des parties de litige. Le juge Alito du 3^{ème} Circuit est clairement en accord avec cette théorie ; il refuse de restreindre le rôle des *amicus curiae* dans les différentes phases de litige et il est favorable à une « *open door policy* » qui entraîne le soutien de l'opinion publique⁴⁹⁹.

Formellement, les *amicus curiae* contribuent au litige mais le juge n'est pas obligé d'adopter cette participation au fond. C'est vrai que cette intervention consolide la légitimation du procès mais c'est plutôt une légitimation de façade qui est loin de la réalité⁵⁰⁰. Le fait d'encadrer et de rendre obligatoire la participation de l'*amicus curiae* permettrait de renforcer son utilité et non pas de rester au stage de l'intention. Afin de collaborer à établir une vraie légitimité des décisions, il nous semble indispensable que l'*amicus curie* informe le juge non seulement sur le contexte factuel et juridique de l'affaire mais aussi sur les conséquences possibles de la décision du juge sur le tissu social.

Afin d'avoir des décisions juridiques efficaces et pratiques, la tâche du juge ne doit jamais être limitée dans sa légitimité, mais rendre la décision plus équitable et claire afin qu'elle soit agréée par la société civile sera l'objectif à atteindre. De plus et comme le juge est le principal bénéficiaire de l'*amicus curiae*, il doit adapter ces amis de la cour à ses besoins et améliorer son encadrement juridique afin qu'ils s'intègrent pleinement dans son raisonnement.

⁴⁹⁷ Traduit par nos soins, « It is possible that the recent and dramatic increases in amicus filings in the Supreme Court have resulted in a 'routinization' of how amicus briefs are considered by the Court. In other words, the fact that amicus participation is now present in almost every case heard by the Court may have changed how these briefs are taken into account »

⁴⁹⁸ *Impérial Tobacco Limited c. Canada (Procureur Général)*, [2002] 3 S.C.R. 3, p. 376.

⁴⁹⁹ *Neonatology Assocs. v. Commissioner*, 293 F 3d. 128 (3rd Cir. 2002) pp. 132-133.

⁵⁰⁰ BARKER (L.), « Third Parties in Litigation: A Systematic View of the Judicial Function », *op. cit.* p. 62.

La présentation privée aux organes de l'organisation mondiale du commerce peut prendre une autre forme que l'*amicus curiae*. Les membres des Groupes spéciaux, de l'Organe d'appel ainsi que les arbitres participants au mécanisme de règlement des différends de l'OMC sont des acteurs non-étatiques (Chapitre II). La question est de savoir s'ils peuvent être considérés comme des acteurs privés ou seulement des fonctionnaires normaux dans le cadre de l'OMC.

CHAPITRE II - Le statut des personnes physiques membres des instances de règlement des différends de l'OMC

Le juge de l'OMC a une marge de manœuvre notable, mais celle-ci se trouve, malheureusement, limitée par les organes à la tête de l'OMC et son pouvoir est atténué par l'esprit politique dominant au sein de l'organisation. Pourtant, le rôle du juge est fondamental car il tranche les différends primordiaux entre les pays membres. Par ailleurs, les rapports judiciaires sont adoptés d'une façon quasi systématique, mais ils ne bénéficient pas d'une force obligatoire réelle, puisque le dernier mot revient toujours à l'ORD, qui peut s'opposer à leur adoption. En fait, le rôle du juge de l'OMC ressemble plus à celui de consultant qu'à celui de juge classique. Étant donné qu'il est un magistrat remplissant une fonction de jugement et non d'arbitrage dans une plaidoirie, nous allons présenter séparément, les juges et les arbitres de l'OMC.

Les personnes privées venant de l'extérieur de l'OMC contribuent à l'amélioration de la compréhension de l'affaire à travers leurs témoignages et leurs expertises. Elles peuvent également intervenir pour défendre une idée ou une position. La Cour elle-même est constituée de personnes physiques qui constituent l'organe vivant de celle-ci et la source de ses décisions. Il s'agit essentiellement des panelistes des organes spéciaux et des juges de l'Organe d'appel d'une part (Section I) et d'autre part des arbitres (Section II) qui sont appelés afin de trancher certaines questions à diverses étapes du processus de règlement des différends.

Dans cette partie de notre étude, il semble utile d'examiner le statut juridique et pratique de ces individus, mais aussi les circonstances et les conditions qui caractérisent leur nomination et l'exercice de leurs mandats.

Section I - Les membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel

L'Organe de Règlement des Différends de l'OMC est un système intégré de compétences et d'expertises mises à la disposition des États membres dans l'objectif de résoudre leurs conflits relatifs à l'application et à l'interprétation des accords de l'OMC. Cette mission est assurée par des acteurs qui doivent être suffisamment compétents et indépendants, d'abord pour pouvoir régler les différends d'une manière efficace et satisfaisante, et aussi pour pouvoir gagner la confiance des États membres.

Nous allons étudier dans cette section l'ensemble des procédures et des conditions adoptées par l'OMC pour assurer l'efficacité et la compétence des membres des Groupes spéciaux (Paragraphe I) et des juges de l'Organe d'appel (Paragraphe II), cela à travers les réglementations relatives à leur désignation et à l'exercice de leurs fonctions.

Paragraphe I - Les Panelistes

Nous allons examiner dans ce premier paragraphe la situation des panelistes, ou membres des groupes spéciaux, dans le contexte de l'ORD. Puis nous exposons dans un premier temps les procédures et les conditions de désignation du point de vue de la relation qui existe à ce niveau entre les parties d'une part et le Secrétariat de l'OMC d'autre part (A), avant d'aborder, dans un second temps, les détails et les caractéristiques de l'exercice de leurs fonctions une fois que le groupe spécial établi (B).

A - Les circonstances et les conditions de nomination dans les Groupes spéciaux

Les membres des groupes spéciaux, connus également sous le nom de Panelistes, sont des experts et des juristes à la fois. Ils sont appelés à procéder à une évaluation objective de la question, y compris des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés et de la conformité des faits avec ces dispositions⁵⁰¹.

Il ressort de l'article 11 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends que le professionnalisme et l'objectivité constituent les caractéristiques essentielles du travail des groupes spéciaux. Par conséquent, la composition de ces groupes doit tenir compte de ces deux conditions à travers le recours à des membres compétents et indépendants. Selon l'article 8 du Mémoire d'accord consacré à la composition des groupes spéciaux, les panelistes doivent être des personnes très qualifiées⁵⁰², originaires de pays différents et titulaires de diplômes variés afin d'assurer l'indépendance du groupe et garantir sa neutralité⁵⁰³.

Le premier paragraphe⁵⁰⁴ dudit article contient des détails très importants concernant la désignation des panelistes. Ces derniers seront désignés parmi toute une série de personnes qui ont été personnellement impliquées dans la négociation des traités de l'OMC en tant que représentants d'un Membre ou d'une partie contractante, ou qui ont déjà fait partie d'un groupe spécial ou qui ont présenté une affaire devant celui-ci, ou aussi parmi les anciens membres du secrétariat de l'OMC.

Cette permissivité peut paraître relativement inquiétante pour certains, du fait de la relation directe qui existait entre ces personnes et les membres de l'OMC ; ainsi, ces futurs membres du Groupe spécial peuvent avoir déjà leurs propres positions et convictions sur les problématiques de l'organisation et de la relation entre les États membres.

⁵⁰¹ Article 11 du Mémoire d'accord.

⁵⁰² Article 8.1 du Mémoire d'accord.

⁵⁰³ Article 8.2 du Mémoire d'accord.

⁵⁰⁴ Article 8.1 du Mémoire d'accord.

Pourtant, le revers de la médaille est que ces personnes comptent parmi celles qui possèdent la plus grande expertise dans leur domaine de travail. Priver ces personnes de la possibilité de siéger en tant que membres des groupes spéciaux reviendrait à faire perdre aux groupes spéciaux leurs expériences et leurs contributions.

De plus, la méfiance que peut susciter la possibilité d'« attaches avec des administrations nationales » se trouve réduite par les dispositions du paragraphe 3 du même article qui précise qu'« aucun ressortissant des Membres dont le gouvernement est partie à un différend, ou tierce partie (...), ne siégera au groupe spécial appelé à en connaître, à moins que les parties au différend n'en conviennent autrement ».

La désignation des membres des groupes spéciaux se fait à travers une procédure caractérisée par le consensualisme entre les États Membres parties au différend. Suite à l'établissement du groupe spécial, les parties sont invitées à choisir les membres du groupe parmi une liste indicative, mais non exclusive, tenue par le Secrétariat et, périodiquement alimentée par les États Membres⁵⁰⁵. La liste indique le domaine des compétences de chaque expert qui peut être, ou non, un ressortissant du pays qui a suggéré son nom au Secrétariat.

Normalement, un groupe spécial se compose de trois personnes, sauf si les États membres décident qu'il sera composé de 5 personnes, par une décision qui sera prise dans les 10 jours suivant l'établissement du groupe⁵⁰⁶. À partir de cette constitution, les membres auront un délai de 20 jours pour arriver à une décision mutuelle sur le choix des membres du groupe; à défaut d'un accord dans ce délai, l'une ou l'autre des parties aura la possibilité de demander au directeur général de l'OMC de désigner lui-même les membres du groupe spécial. Ce dernier procède à cette désignation en consultation avec le Président de l'ORD et le Président du Comité ou Conseil compétent⁵⁰⁷.

Le choix des panelistes est une question très délicate pour les États. En pratique, les oppositions faites par les parties aux propositions du secrétariat en vertu de l'article 8 paragraphe 6 peuvent concerner, ou bien un membre seul, ou bien la composition du groupe dans son ensemble. Ce scénario intervient en cas d'absence d'objections sur chacun des

⁵⁰⁵ Article 8.4 du Mémorandum d'accord.

⁵⁰⁶ Article 8.5 du Mémorandum d'accord.

⁵⁰⁷ Article 8.7 du Mémorandum d'accord.

membres *per se*. Autrement, l'État peut, dans certains cas, considérer que l'équipe choisie souffre d'un certain déséquilibre ou d'un manque d'expérience dans un domaine précis⁵⁰⁸.

Dans l'article 8 paragraphe 6 précité, le Mémoire précise que les oppositions faites aux propositions du secrétariat ne doivent intervenir que pour des « raisons contraignantes », sans aller jusqu'à préciser l'étendue et le contenu du terme. En pratique, l'imprécision de cet article donne l'occasion aux États de présenter des arguments qui ne sont pas tout à fait convaincants et qui ne seront pas soumis à une procédure de vérification de la part du Secrétariat. Ainsi, dans l'objectif de limiter les abus de ce droit à travers des oppositions manifestement non-fondées, le Secrétariat demande aux parties de soumettre leurs contestations sous forme écrite, afin de favoriser l'aspect sérieux et formel de ces oppositions.

Le Mémoire d'accord comprend plusieurs dispositions prévoyant un traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement (PED), visant non pas à les favoriser ni à les privilégier dans le différend par rapport aux pays développés, mais simplement de leur offrir la possibilité de ne pas se sentir incapable d'assumer le poids d'un différend devant les organes de l'ORD ou de se sentir mal représentés ou mal compris⁵⁰⁹.

D'ailleurs, le statut de PED repose selon l'OMC sur une déclaration de la part des États concernés qui annoncent eux-mêmes qu'ils font partie des pays « développés » ou « en développement »⁵¹⁰. Il s'ensuit que les autres pays membres auront la possibilité de contester la déclaration d'un État tendant à bénéficier des dispositions prévues en faveur des pays en développement. Au niveau de la composition des Groupes Spéciaux, l'article 8 paragraphe 10 dispose qu'«en cas de différend entre un pays en développement Membre et un pays développé Membre, le groupe spécial comprendra, si le pays en développement Membre le demande, au moins un ressortissant d'un pays en développement Membre ».

⁵⁰⁸ « Parties may also reject proposed individuals not for reasons relating to a specific person's qualifications, but rather because they perceive the « package » of the three individuals of which a panel is to be composed as unbalanced with respect to geographic diversity, technical expertise, or professional experience » (MACRORY P., APPLETON A. and PLUMMER M., *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, volume I, p. 1250).

⁵⁰⁹ Article 3 ; article 4 ; article 8, Paragraphe 10 ; article 12, Paragraphes 10 et 11 ; article 21, Paragraphes 2, 7 et 8 ; article 27, Paragraphe 2 du Mémoire d'accord.

⁵¹⁰ Il convient de signaler qu'au sein de la catégorie des pays non développés il existe encore les pays les Moins Avancés qui sont considérés selon une liste de l'Organisation des Nations Unies qui se base sur plusieurs critères économiques et humains. La liste compte actuellement 49 pays, dont 34 sont devenus à ce jour Membres de l'OMC et dont 10 autres sont en train de négocier pour accéder à l'OMC. Ils sont inclus dans le groupe des pays en développement dans l'application de toutes les règles relatives au traitement spécial et différencié.

Par le biais de cet article, les pays en développement peuvent toujours exiger la présence d'un membre du Panel qui est le ressortissant d'un autre PED. L'idée est de permettre au groupe d'experts d'avoir le point de vue des PED grâce à ce membre, censé être familier avec les spécificités de la situation des PED en général. En effet, avoir un groupe spécial composé uniquement d'experts issus de pays développés peut poser le problème de la connaissance réelle des difficultés économiques, et des différences éventuelles entre les systèmes des PED et ceux des pays développés. Permettre au groupe spécial d'avoir un membre issu d'un PED permet à ces derniers d'aborder de manière plus fiable un différend car ils savent que le groupe spécial sera plus capable de comprendre leur situation et donc d'apporter une solution claire et satisfaisante au différend.

Après avoir examiné les procédures et les conditions de désignation des membres des groupes spéciaux, nous allons aborder dans la partie (B) le mode de fonctionnement de ces groupes. Toutefois et malgré le fait que ces groupes spéciaux bénéficient d'une marge de flexibilité large au niveau procédural, ils ne peuvent pas aller à l'encontre des principes énoncés par le Mémoire ou dépasser les règles prévues par le Code de conduite.

B - Les modalités de travail des membres du Groupe spécial

À travers leur travail au sein du groupe spécial, les panelistes doivent garder leur neutralité vis-à-vis des parties, et leur indépendance à l'égard de leur pays d'origine. Ils siégeront à titre personnel et non en qualité de représentants d'un gouvernement ou d'une organisation⁵¹¹. Il découle de cette obligation d'indépendance mise à la charge des panelistes une obligation pour les États membres de ne pas chercher à influencer leurs positions en tant que membres des groupes spéciaux. Cette obligation est consacrée par le paragraphe 9 de l'article 8 du Mémoire⁵¹².

⁵¹¹ Article 8.9 du Mémoire d'accord.

⁵¹² « Les Membres ne leur donneront donc pas d'instructions et ne chercheront pas à les influencer en tant qu'individus en ce qui concerne les questions dont le groupe spécial est saisi ».

Dans son dernier paragraphe⁵¹³, l'article 8 du Mémorandum prévoit une mesure très importante pour l'indépendance des panelistes. Il décide que les frais de ces personnes, y compris les frais de déplacement et les indemnités de subsistance, seront à la charge du budget de l'OMC. Par conséquent, la rémunération des membres des groupes spéciaux et les dépenses occasionnées lors de l'exercice de leurs fonctions sont prises en charge par l'OMC et non pas par leurs pays d'origine ou même par les parties au différend, ce qui élimine le risque de pression ou d'influence à travers des manœuvres au niveau financier.

Les membres des groupes spéciaux agissent en tant que juges dans ce qui est comparable à un tribunal de première instance. En effet, le mandat du panel est désigné d'une manière très précise par le Mémorandum⁵¹⁴ ; il s'agit en principe de faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur la question. L'article laisse aussi aux parties la liberté de modifier⁵¹⁵ le mandat, généralement dans un délai de 20 jours à compter de l'établissement du groupe. Dans tous les cas, le Groupe Spécial ne statue pas sur l'affaire, sa mission est de rendre un rapport consultatif établissant les faits suite à un travail inquisitorial⁵¹⁶ de recherche et de vérification.

Parmi les problèmes relatifs au fonctionnement des Groupes Spéciaux, on citera le manque d'un texte détaillé sur les règles de procédure, qui est une source évidente d'ambiguïté. Les dispositions du Mémorandum n'étant pas exhaustives, les panels ont recours à des procédures *ad hoc* dans la gestion de leur travail, incitant ainsi les États à les critiquer à cause de cette instabilité au niveau des détails de la procédure. Cette carence a amené les États à adopter en 1996 un Code de Conduite⁵¹⁷ destiné à préserver l'intégrité, l'impartialité et la confidentialité des procédures menées conformément au Mémorandum d'accord, cela dont l'objectif d'accroître la confiance dans le nouveau mécanisme de règlement des différends⁵¹⁸.

⁵¹³ Article 8, Paragraphe 11 : « Les frais des personnes appelées à faire partie de groupes spéciaux, y compris les frais de déplacement et les indemnités de subsistance, seront mis à la charge du budget de l'OMC conformément aux critères qu'adoptera le Conseil général sur la base de recommandations du Comité du budget, des finances et de l'administration ».

⁵¹⁴ Article 7.1 du Mémorandum d'accord.

⁵¹⁵ Dans les limites des conditions énoncées dans l'article 6 paragraphe 2 du Mémorandum.

⁵¹⁶ « In general, panels have not hesitated to assume a clearly inquisitorial role (...) », (OESCH M., « Standards of review in WTO dispute resolution », *Journal of International Economic Law*, vol. 6, n° 3, 2003, p. 650).

⁵¹⁷ Règles de conduite relatives au Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends du 11 décembre 1996, WT/DSB/RC/1.

⁵¹⁸ Règles de conduite, *op. cit.*, Préambule.

Le texte qui s'applique aux panelistes des groupes spéciaux et aux membres de l'Organe d'appel s'applique aussi aux membres du Secrétariat appelés à aider un groupe spécial ou un groupe d'arbitres, d'experts et autre personnel dans une procédure d'arbitrage formelle⁵¹⁹.

Selon la Section II - Principe directeur de ce code, les personnes visées seront indépendantes et impartiales, elles éviteront les conflits d'intérêts directs ou indirects et respecteront la confidentialité des procédures des organes conformément au mécanisme de règlement des différends, de façon que, grâce à l'observation de ces normes de conduite, l'intégrité et l'impartialité de ce mécanisme soient préservées. L'utilité du texte réside dans le fait qu'il prévoit des mesures spécifiques pour assurer le respect du « Principe Directeur ». À travers ce texte, l'ORD modifie les mesures de logique et d'éthique qui doivent normalement gouverner le travail de ces personnes en des obligations contraignantes et textuelles.

Ainsi, selon les dispositions du Code de Conduite, la personne visée doit déclarer l'existence ou l'apparition de tout intérêt, relation ou sujet dont on pourrait raisonnablement s'attendre qu'il soit connu d'elle et qui est susceptible d'influer sur son indépendance ou son impartialité ou de soulever des doutes sérieux sur celles-ci. Cela dit, il doit faire le nécessaire pour s'acquitter de ces obligations, y compris en évitant tout conflit d'intérêts direct ou indirect concernant l'objet de la procédure⁵²⁰. Le texte met aussi l'accent sur les principes d'indépendance, d'impartialité et de confidentialité ; les personnes visées sont ainsi invitées à examiner uniquement et personnellement les questions soulevées au cours de la procédure de règlement du différend et nécessaires pour remplir leurs fonctions dans cette procédure, et aussi à ne pas contracter des obligations ou accepter des engagements qui pourraient soulever des doutes sérieux sur l'exécution de leurs fonctions⁵²¹.

Au delà d'une simple annonce des principes généraux, les règles de conduite désignent aussi la procédure à suivre dans le cas où une partie à un différend possède ou vient à posséder la preuve d'une violation importante des obligations d'indépendance, d'impartialité ou de confidentialité... etc.⁵²². Le texte précise les étapes à suivre par le président de l'ORD selon que la personne concernée est un paneliste, un expert, un arbitre, un membre du secrétariat ou un membre de l'Organe d'appel permanent. On remarque ainsi que les membres des groupes

⁵¹⁹ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section IV, paragraphe 1.

⁵²⁰ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section III, Paragraphe 1, alinéa 2

⁵²¹ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section III, Paragraphe 2

⁵²² Règles de Conduite, *op. cit.*, Section VIII. Procédures concernant la déclaration ultérieure et les éventuelles violations.

spéciaux partagent les mêmes procédures avec les experts et les arbitres et non pas avec les membres de l'Organe d'appel.

Selon ces règles, dès la réception de la preuve, le Président de l'ORD la fournira immédiatement au paneliste concerné, afin qu'il l'examine⁵²³. Suite à cette consultation, si la question n'est pas réglée, le Président de l'ORD fournira immédiatement toutes les preuves et tous les renseignements additionnels fournis par la personne concernée aux parties au différend⁵²⁴.

Au cas où les parties conviendraient qu'il y a eu violation importante des présentes règles, il serait probable que, dans l'optique du maintien de l'intégrité du mécanisme de règlement des différends, la récusation de la personne concernée soit confirmée⁵²⁵. En tout état de cause, le Président de l'ORD, en consultation avec le Directeur général et un nombre suffisant de présidents des Conseils, et après avoir discuté avec la personne concernée et avec les parties au différend concernant la possibilité de se faire entendre, prendra sa décision en cas de violation importante des règles⁵²⁶. À partir de là, le Président de l'ORD prendra alors les mesures nécessaires pour que la désignation du paneliste concerné soit officiellement révoquée ou que la personne soit dispensée de participer à l'examen du différend⁵²⁷.

Il convient de noter que la personne à laquelle la preuve se rapporte continuera de participer à l'examen du différend à moins qu'il ne soit décidé qu'il y a eu une violation importante des présentes règles⁵²⁸, ou qu'il ne décide lui-même de démissionner. Dans ce cas, les parties et les collègues de la personne concernée seront informés par le président de l'ORD⁵²⁹.

À coté des principes de fond et des mesures *a posteriori*, les règles de conduite contiennent également une liste indiquant le type de renseignements qu'une personne appelée à participer à l'examen d'un différend devrait communiquer « a priori au moment où elle sera invitée à remplir ses tâches » au président de l'ORD pour que les parties au différend les examinent⁵³⁰. La liste regroupe des exemples axés sur cinq types d'intérêts et de circonstances : les intérêts financiers, les intérêts professionnels, les autres intérêts actifs, l'emploi ou les intérêts

⁵²³ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section VIII. Paragraphe 6.

⁵²⁴ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section VIII. Paragraphe 7.

⁵²⁵ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section VIII. Paragraphe 8.

⁵²⁶ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section VIII. Paragraphe 8.

⁵²⁷ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section VIII. Paragraphe 10.

⁵²⁸ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section VIII. Paragraphe 9.

⁵²⁹ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section VIII. Paragraphe 7.

⁵³⁰ Règles de Conduite, *op. cit.*, Section VI. Paragraphe 4

familiaux, et aussi les prises de positions personnelles sur des questions en relation avec le différend en examen⁵³¹. Une formule officielle pour cette déclaration écrite est également fournie⁵³².

Selon le paragraphe 3 de la section VI du texte, ces déclarations doivent tenir compte de la nécessité de respecter la vie privée des personnes auxquelles les présentes règles s'appliqueront. D'ailleurs, ledit paragraphe considère que ces déclarations ne doivent pas constituer une contrainte administrative telle qu'il serait impossible à des personnes par ailleurs qualifiées de siéger dans les groupes spéciaux ou à l'Organe d'appel permanent ou d'exercer toute autre fonction dans le règlement des différends.

Il s'ensuit que ce paragraphe constitue la contrebalance de l'obligation de déclaration mise à la charge des panelistes et autres acteurs de l'ORD, d'abord parce qu'il met en avant le respect de la vie privée, et d'une manière plus importante parce qu'il précise que ces déclarations ne doivent pas constituer un obstacle à la participation des personnes par ailleurs qualifiées. Cela dit, le paragraphe oriente l'ORD vers une interprétation souple et permissive de cette obligation où on peut comprendre que la participation de ces personnes qualifiées doit être supérieure par rapport au formalisme administratif si l'intérêt ou la relation qui existe ne constitue pas vraiment une source de risque pour l'indépendance et la neutralité du membre.

Au-delà des garanties statutaires, les panelistes jouissent dans l'exercice de leurs fonctions au sein du Groupe Spécial d'un nombre de droits et de privilèges qui leur permettent d'assurer le bon déroulement du procès. D'abord, les groupes spéciaux bénéficient d'une large marge de flexibilité au niveau procédural, sans pour autant aller à l'encontre des principes énoncés par le Mémoire, du fait de l'imprécision de ce dernier sur plusieurs aspects de la procédure.

Aussi, les groupes spéciaux bénéficient du caractère privé de leurs réunions, sauf s'ils décident, eux-mêmes, d'inviter les parties au différend et les parties intéressées⁵³³. Le caractère confidentiel bénéficie également à tous les travaux⁵³⁴ des groupes spéciaux et à toutes les communications écrites qui leur seront présentées⁵³⁵.

⁵³¹ Règles de Conduite, *op. cit.*, Annexe 2.

⁵³² Règles de Conduite, *op. cit.*, Annexe 3.

⁵³³ Appendice 3, article 2 du Mémoire d'accord.

⁵³⁴ Article 17.10 du Mémoire d'accord.

⁵³⁵ Article 18.2 du Mémoire d'accord.

Dans l'objectif d'établir les faits, le Groupe Spécial possède, en vertu de l'article 13 du Mémoire, le droit de demander des renseignements à tous les Membres de l'OMC, même ceux qui ne sont pas parties au litige en question. D'ailleurs, l'Organe d'appel a précisé dans son rapport sur l'affaire Canada - Aéronefs qu'« il ressort du libellé de l'article 13 que le pouvoir discrétionnaire d'un groupe spécial peut être exercé pour demander des renseignements non seulement "à toute personne ou à tout organisme" relevant de la juridiction d'un Membre de l'OMC, mais aussi à tout Membre, y compris *a fortiori* un Membre qui est partie à un différend soumis à un groupe spécial et obtenir ces renseignements ». Le rapport ajoute que « l'article 13 :1 n'impose pas de conditions en ce qui concerne l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, (...) »⁵³⁶. Malheureusement, les groupes spéciaux n'ont pas assez recours à la consultation des experts, surtout sous forme de groupe consultatif⁵³⁷, sans parler de la problématique déjà soulevée par la question de consultation des experts à titre individuel⁵³⁸.

Enfin, chaque décision du groupe spécial peut faire l'objet d'un appel par les parties au conflit. Certaines fois, l'une et l'autre le font. L'appel doit être fondé sur des points de droit tels que les interprétations du droit et non sur le réexamen d'éléments de preuve existants ou l'analyse de nouvelles questions (Paragraphe II).

Paragraphe II - Les membres de l'Organe d'appel

Une fois que le rapport du groupe spécial est achevé, celui-ci sera en principe formellement adopté par l'ORD, sauf si une des parties au différend décide de faire appel⁵³⁹. Entre groupe spécial et Organe d'appel il existe une grande différence ; le premier élabore des rapports consultatifs susceptibles d'appel et composé de membres non-permanents, tandis le second adopte ses rapports en dernier recours et est composé de membres permanents, donc non *ad hoc*.

⁵³⁶ OMC, Canada - Mesures visant l'exportation des aéronefs civils. AB-1999-2. Rapport de l'Organe d'appel du 2 août 1999. WT/DS70/AB/R. Paragraphe 185, pages 56 - 57

⁵³⁷ Article 13.2 du Mémoire d'accord.

⁵³⁸ Pour plus de détails sur cette question, CANAL-FORGUES (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 70.

⁵³⁹ Voir la procédure d'adoption des rapports des groupes spéciaux, Mémoire d'accord, article 16, paragraphe 4.

Toujours dans l'objectif annoncé de cette partie de notre développement, celui de présenter les personnes physiques de l'ORD, mais aussi, de repérer les différences entre les panelistes et les membres de l'Organe d'appel, nous allons suivre la même logique que dans le premier paragraphe. Nous étudierons dans un premier temps les procédures et les conditions de désignation des membres de l'Organe d'appel (A) , avant d'aborder, dans un second temps, les détails et les caractéristiques de la fonction des « juges » au sein de la procédure d'appel (B).

A- Les circonstances et les conditions de nomination dans l'organe d'appel

L'une des principales innovations de l'OMC est l'établissement d'un Organe d'appel permanent. En effet, cette étape de recours ne constitue pas, comme son nom l'indique, un deuxième degré de juridiction mais plutôt une instance de « cassation ». Il en résulte ainsi que ses compétences sont limitées à l'examen des questions de droit et que ses rapports ne sont pas susceptibles d'appel ou de cassation⁵⁴⁰.

Les missions de l'Organe d'appel et le fait qu'il soit un organe permanent ainsi que la position de son intervention et de ses rapports dans la chronologie et dans la hiérarchie du système de règlement des différends de l'OMC influencent d'une manière directe la façon dont ses membres sont nommés. La nomination montre l'importance des responsabilités et des mandats confiés au niveau des garanties statutaires et fonctionnelles qui leur sont accordées.

Selon les termes de l'article 17.1 du Mémoire d'Entente, l'Organe d'appel est un organe permanent composé de sept personnes, nommées membres de l'Organe d'appel. Ils sont désignés par l'ORD et leur mandat est de quatre ans, renouvelable une seule fois. Conformément à l'article 17.3 du Mémoire d'Entente, cet Organe d'appel comprend des personnes dont l'autorité est reconnue et qui possèdent une bonne connaissance du droit du commerce international et des questions relevant des accords visés en général. Ces personnes

⁵⁴⁰ CANAL-FORGUES (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 77.

ne doivent avoir aucune relation avec leurs gouvernements ou avec n'importe quel autre gouvernement. La composition de l'Organe d'appel doit représenter les membres de l'OMC de manière équilibrée⁵⁴¹.

Plusieurs dispositions et définitions de l'article 17 étaient bien expliquées dans la décision de l'ORD de 1995 concernant l'établissement de l'Organe d'appel⁵⁴². Des questions ont été discutées par les membres à plusieurs reprises notamment en ce qui concerne la nomination des juges de l'Organe d'appel⁵⁴³, la représentation équilibrée, les conditions de désignation et règles de sélection subies⁵⁴⁴. La décision a prévu que même s'il est interdit que le juge de l'Organe d'appel ait un lien avec son gouvernement, toutefois il n'est pas obligatoire de le révoquer même si ce dernier est payé par son gouvernement, à condition que son travail soit clairement indépendant.

Nous remarquons que par opposition aux panelistes où la connaissance du droit est une option, les membres de l'Organe d'appel doivent avoir une bonne connaissance du droit du commerce international et des questions relevant des accords visés en général⁵⁴⁵. C'est un élément déterminant du profil des membres de l'Organe d'appel vu la nature plutôt juridique de cette instance, en contradiction avec à la nature plutôt technique et inquisitoire du travail des groupes spéciaux. En effet, pour assister et soutenir son travail, le secrétariat de l'Organe d'appel est constitué aujourd'hui d'une dizaine de juristes.

En réalité, les membres de l'Organe d'appel ne sont pas attachés à l'OMC à temps complet, mais le Mémoire d'accord prévoit qu'ils doivent être disponibles à tout moment et dans un bref délai et qu'ils doivent rester au courant des activités de l'OMC en matière de règlement des différends et de ses autres activités pertinentes⁵⁴⁶. Même s'ils peuvent exercer d'autres activités et occuper plusieurs postes, les membres de l'Organe d'appel doivent éviter les activités qui les mettraient en conflit d'intérêts direct ou indirect ou qui limiteraient leur disponibilité. De plus, les membres de l'Organe d'appel ne doivent pas être soumis ni aux

⁵⁴¹ Les membres actuels de l'Organe d'appel : Lilia R. Bautista (Philippines), Peter Van Den Bossche (Belgique), Ricardo Ramírez-Hernández (Mexique), Jennifer Hillman (États-Unis), Shotaro Oshima (Japon), David Unterhalter (Afrique du Sud), Yuejiao Zhang (Chine). Source, site de l'OMC, consulté le 11/11/2012.

⁵⁴² 1995 décision, WT/DSB/1, p. 4.

⁵⁴³ MACRORY (P.), APPLETON (A.) and PLUMMER (M.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, Volume I, pp. 1285 et 1286.

⁵⁴⁴ 1995 décision, WT/DSB/1,4. « The success of the WTO will depend greatly on the proper composition of the Appellate Body, and persons of the highest caliber should serve on it ».

⁵⁴⁵ Article 17.3 du Mémoire d'accord.

⁵⁴⁶ Article 17.3 du Mémoire d'accord.

instructions internationales, gouvernementales ou non gouvernementales, ni à n'importe quelle autre source privée⁵⁴⁷.

Le caractère institutionnel de l'Organe d'appel se manifeste également à travers sa structure. En effet, les affaires en appel ne sont entendues que par trois membres qui siègent pour une affaire donnée. Ces trois membres constituant ce qui est appelé « la section », ils sont choisis par roulement, compte tenu d'un principe de sélection aléatoire et imprévisible et du principe selon lequel tous les membres doivent avoir la possibilité de siéger quelle que soit leur origine nationale⁵⁴⁸.

Nonobstant l'autorité exclusive des trois membres qui siègent pour entendre une affaire, il faut assurer l'homogénéité et la cohérence des décisions prises tout en tirant partie des compétences individuelles et collectives des membres. La section chargée de statuer sur un appel procède à un « échange de vues » avec les autres membres, en vertu du principe de « collégialité », avant de mettre au point le rapport d'appel à distribuer aux Membres de l'Organisation Mondiale du Commerce⁵⁴⁹.

La décision de l'ORD de 1995 concernant l'établissement de l'Organe d'appel a fixé une somme de 7.000 francs suisse comme salaire mensuel. De plus, les juges de l'Organe d'appel reçoivent aujourd'hui à *per diem* une indemnité pour chaque jour du travail à Genève ou pour chaque 8 heures du travail à l'extérieur de Genève⁵⁵⁰, et des rémunérations mensuelles pour les communications administratives faites par eux. Les frais de voyage sont aussi remboursés, mais les juges de l'Organe d'appel ne sont pas considérés comme faisant partie de l'équipe de l'OMC ; en conséquence ils ne bénéficient pas de système de retraite. Par ailleurs, ces derniers profitent des privilèges et des rémunérations comme ceux offerts aux employés diplomatiques en conformité avec le droit national et international. Ces privilèges comprennent l'exemption des taxes de consommation comme la taxe sur la valeur ajoutée sur les produits et services achetés pour l'utilité privée dans tous les cantons suisses.

L'Organe d'appel est financé par les contributions des membres de l'OMC. Son budget est l'équivalent de deux pour cent du budget total du secrétariat de l'OMC. Bien qu'il n'y ait pas de frais directs pour initier ou participer à des appels, les membres doivent assumer les frais, à

⁵⁴⁷ Règle 2(3) des Procédures de travail de l'Organe d'appel (« Procédures d'appel »).

⁵⁴⁸ Règle 6 des Procédures d'appel.

⁵⁴⁹ Règle 4 des Procédures d'appel. Pour une appréciation critique et une évaluation de ces règles d'organisation, voir EHLERMANN, (C. D.), « Experiences from the WTO Appellate Body », *ILJ*, vol. 38, 2003, pp. 469-488.

⁵⁵⁰ Comme aucun juge n'était de Genève, ils sont rémunérés 451 francs suisses en 2003.

savoir les coûts de l'élaboration des observations écrites sur les questions juridiques, voire techniques. De plus, la copie et la livraison des documents, ainsi que les coûts associés à la participation de leurs représentants à l'Organe d'appel de Genève doivent être payées par le membre appelant⁵⁵¹.

Les appels sont organisés selon les procédures établies conformément au Mémorandum d'accord sur les règles et les procédures régissant le règlement des différends et par les Procédures de travail pour l'examen en appel (Procédures de travail)⁵⁵². Ces dernières ont été plusieurs fois modifiées depuis 1995⁵⁵³. La règle 5 de ces procédures prévoit qu'un Président est élu parmi les membres de l'Organe d'appel pour un mandat d'une année, qui peut être prorogé d'une année supplémentaire. Le Président est chargé de la direction générale des activités de l'Organe d'appel⁵⁵⁴. Cette règle définit aussi les conditions permettant le remplacement du président, qui peut être élu pour toute l'année dans le cas d'incapacité continue ou de la mort de celui-ci ou aussi pour une période bien déterminée dans le cas de l'absence temporaire du président. Le président assume la responsabilité de la direction de l'Organe d'appel et il le représente dans toutes les prises de communications avec d'autres organes de l'OMC notamment avec le directeur de l'ORD.

Comme le travail au sein de l'Organe d'appel est un poste de haut niveau vu l'importance des responsabilités et comme il reflète le succès ou l'échec du système entier de règlement des différends dans l'OMC, la nomination et le choix des juges de cet organe doit être judicieux et incontournable.

Après cette présentation des procédures et des conditions de désignation des membres de l'Organe d'appel, nous allons ensuite aborder les modalités du travail et de l'encadrement des procédures durant la phase d'appel (B).

⁵⁵¹ MACRORY (P.), APPLETON (A.) and PLUMMER (M.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, Volume I, p. 1289.

⁵⁵² http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/ab_procedures_f.htm#fnt1.

⁵⁵³ WT/AB/WP/1.

⁵⁵⁴ Le Président actuel est Mme Lilia R. Bautista.

B - Les modalités de travail durant la phase d'appel

L'article 17.6 du Mémorandum d'accord précise que tout appel est limité aux questions de droit indiquées dans le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci⁵⁵⁵. Par conséquent, les questions non transcrites dans le rapport du groupe spécial et les conclusions relatives au fait ne peuvent pas être appelées⁵⁵⁶. Toutefois, la distinction entre fait et droit n'est pas toujours aisée. Dans l'affaire CE - Hormones, l'Organe d'appel a ainsi décidé que la détermination d'un fait et l'appréciation d'un événement constituent des questions de fait; par contre le contrôle de la qualification d'un fait par le groupe spécial notamment dans le cadre d'une évaluation objective est considérée comme une question de droit, qui peut être examinée en appel, si elle est correctement soulevée.

En vertu de l'article 17.13 de Mémorandum d'accord, l'Organe d'appel a l'aptitude de « confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial ». Dans de nombreux cas, l'Organe d'appel a confirmé les conclusions juridiques du groupe spécial malgré les constatations de plusieurs erreurs de droit dans son raisonnement, à la condition qu'elles ne soient pas déterminantes et qu'elles ne menacent pas la justice et l'équité des conclusions définitives. En effet, la majorité des rapports des groupes spéciaux a subi des exigences d'infirmités ou de modification par l'Organe d'appel⁵⁵⁷. En plus, le Mémorandum d'accord n'a aucune disposition permettant le renvoi d'une affaire, si certaines conclusions du groupe spécial sur cette affaire ont été rejetées par l'Organe d'appel, afin qu'un nouvel examen par le groupe spécial soit opéré⁵⁵⁸. Afin d'achever l'analyse juridique et aboutir à une solution équitable pour le règlement, l'Organe d'appel se permet parfois de statuer sur une question de droit même si elle n'avait pas été expressément soulevée par le groupe spécial. Néanmoins, il n'assume ce rôle que lorsque les conclusions de fait du groupe spécial l'autorisent.

L'Organe d'appel a pu, dans un seul cas, s'estimer apte à continuer l'analyse parce qu'elle est considérée comme une suite logique à la disposition étudiée⁵⁵⁹. Pourtant, cette démarche a

⁵⁵⁵ Conformément au paragraphe 6 de l'article 17 du Mémorandum d'accord, l'Organe d'appel examinera *chacune* des questions soulevées.

⁵⁵⁶ Sur ce point, voir CE - Volaille, rapport de l'Organe d'appel, paragraphe, 107.

⁵⁵⁷ Brésil -Noix de coco et E.-U.-Chemisiers et blouses de laine.

⁵⁵⁸ CANAL - FORGUES (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 82.

⁵⁵⁹ Canada - Périodiques, rapport de l'Organe d'appel, p. 469 à propos de l'article III : 2 du GATT de 1994.

connu des limites surtout dans l'affaire Amiante où l'Organe d'appel a renversé la conclusion du groupe spécial qui prévoit que l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC) n'était pas applicable en l'espèce ; toutefois l'organe ne s'est pas contenté de l'analyse, mais il examiné l'ensemble du fondement de cet accord⁵⁶⁰. Pour mieux clarifier sa décision, l'Organe d'appel a mentionné le manque flagrant du contrôle opéré par le groupe spécial et plus gravement a soulevé le fait que cet accord n'ait jamais été appliqué par aucun groupe spécial auparavant⁵⁶¹. En conséquence, cet argument prouve qu'un examen d'un accord entièrement nouveau durant l'appel implique nécessairement de priver les parties du bénéfice d'un tel examen en première instance, et par la suite, de la possibilité de faire appel. L'argument est général et justifié ; une raison de plus pour comprendre l'embarras de l'Organe d'appel confronté à une telle hypothèse.

En réalité, le litige s'est terminé par une solution concrète, puisque l'Organe d'appel a ensuite examiné les deux autres moyens d'appels fondés sur les articles III et XX du GATT. Même si les conclusions du groupe spécial sur l'Article III ont été renversées, il a évidemment confirmé le caractère justifié des mesures au titre de l'Article XX. L'Organe d'appel vient donc de légitimer la mesure, sans parler des fondements et dispositions de l'accord OTC. Ce cas d'espèce témoigne de la complexité de cette procédure due à l'inexistence de renvoi dans le système de règlement des différends de l'OMC⁵⁶².

Même si la question du renvoi est prioritaire, elle reste un sujet traité insuffisamment dans les débats relatifs à la réforme du Mémoire d'accord. Ce moyen mériterait une réflexion approfondie afin de s'assurer que le mécanisme de règlement des différends est toujours capable d'apporter une solution adéquate aux litiges. À ce jour, l'Organe d'appel est parvenu à maintenir un certain équilibre entre la continuité de l'analyse et le respect nécessaire du domaine réservé du groupe spécial, mais cet équilibre pourra changer dans le futur.

Les parties au litige possèdent seules le droit de faire une demande en appel, y compris la partie qui a gagné devant le groupe spécial. Dans l'affaire États-Unis - Chemisiers et blouses, l'Inde qui avait eu gain de cause en première instance a fait appel concernant trois questions de principe. Au contraire, les tierces parties et les autres Membres de l'OMC ne peuvent pas jouir de ce droit d'appel sauf exceptions particulières. Cette intervention conditionnelle amène l'Organe d'appel à mieux appréhender l'affaire.

⁵⁶⁰ CE-Amiante, paragraphes 81 à 83 du rapport de l'Organe d'appel.

⁵⁶¹ CANAL-FORGUES (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 80.

⁵⁶² *Ibid.*, p. 81.

L'appel, nous le rappelons, est possible depuis le jour de la distribution du rapport du groupe spécial mais impérativement avant l'adoption du rapport par l'ORD qui doit avoir lieu dans les soixante jours. Des soupçons d'erreurs dans les questions de droit mentionnées dans le rapport du groupe spécial et dans ses interprétations peuvent être intégrés dans la déclaration d'appel⁵⁶³. Cependant, toutes les allégations d'erreurs non intégrées dans la déclaration d'appel ne peuvent pas être examinées. Une autre partie au litige absente dans le procès initial peut, dans les 15 jours après la date de dépôt de la déclaration d'appel auprès du secrétariat de l'Organe d'appel, en faire partie ou présenter un appel sur la base d'autres éléments erronés concernant les questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et ses interprétations du droit⁵⁶⁴. En vérité, cette procédure d'appel croisé est courante.

La procédure en appel est assez encadrée ; en effet, des règles et des principes organisent l'intervention des parties et clarifient les délais imposés à l'Organe d'appel. D'abord, les parties au différend peuvent dans un délai de 25 jours répondre aux allégations formulées dans la communication de la partie appelante. La communication de la partie au différend doit contenir un exposé précis des motifs de l'opposition aux allégations spécifiques d'erreurs soutenues par l'appelante. Les parties tierces peuvent également dans le même délai déposer une communication écrite mentionnant leur intervention dans la procédure d'appel.

La section de l'Organe d'appel responsable de l'affaire tient ensuite une audience à 30 jours après la date de dépôt de la déclaration d'appel dans laquelle les participants présentent oralement leurs arguments et répondent à toutes les questions juridiques. Cette rencontre dure en général un ou deux jours, voire trois comme cela fut le cas dans l'affaire Bananes.

Les communications présentées par les parties sont en principe écrites et confidentielles ; toutefois, rien n'empêche un intervenant de communiquer au public ses propres positions. En réalité, presque toute la procédure est confidentielle et secrète ; ainsi, les travaux de délibérations, les rapports et les renseignements fournis ou récoltés au sein de l'Organe d'appel sont secrets. De même, pour des raisons de neutralité et d'impartialité, il est interdit à un membre de la section d'être en contact avec l'une des parties participantes sans déclaration préalable. La règle 3 des procédures d'appel exige que les membres doivent se forcer à trouver un consensus ou une majorité qualifiée ; toutefois ils doivent rester anonymes sur leurs prises de position dans les rapports.

⁵⁶³ Règle 20(2) (d) des Procédures d'appel.

⁵⁶⁴ Règle 23 des Procédures d'appel.

Le processus d'appel doit s'achever dans un délai de 60 jours, qui est la durée maximale. Si l'Organe d'appel n'arrive pas à respecter cette exigence, il doit informer l'ORD des raisons de ce retard et lui indiquer le délai nécessaire pour accomplir sa mission. Dans tous les cas, la procédure ne devra jamais dépasser les 90 jours⁵⁶⁵, ce qui assez peu compte tenu de l'importance des enjeux économiques en question. Dans quelques affaires, l'Organe d'appel a été obligé de dépasser le délai prévu, comme c'est le cas de l'affaire CE – Bananes dans laquelle il a informé l'ORD qu' « il ne serait pas en mesure de distribuer son rapport dans les délais impartis en raison de la nature exceptionnelle de cette affaire et du temps nécessaire pour la traduction ». Enfin, le rapport doit être accepté sans condition par les parties et adopté par l'ORD à moins que celui-ci n'en décide autrement par consensus⁵⁶⁶.

La phase d'appel couronne les espoirs attendus des pères fondateurs à voir un système de règlement des différends plus complet et plus équitable. Toutefois, des faiblesses demeurent toujours, en quête de solutions pratiques.

Après avoir parlé du rôle important des panelistes et des juges et des conditions de leur travail et nominations au sein de l'OMC, nous allons nous pencher sur les différents aspects de l'arbitrage et les recours multiples à ce mode de règlements des différends à plusieurs stades et époques (Section II).

Section II - Le statut des arbitres participants au mécanisme de règlement des différends de l'OMC

Normalement les États souverains ne reconnaissent aucune règle autre que celle qu'ils ont établies ou admises et ne tolèrent non plus aucune intervention extérieure dans leurs différends enter-étatiques. À titre exceptionnel, ils acceptent l'intervention d'un tiers pour profiter de ses compétences sous l'angle de l'arbitrage international afin de les aider à trancher le litige ; on suppose l'existence d'un accord préalable pour adopter un minimum de langage juridique commun. Le recours à l'arbitrage comme une technique juridique afin de résoudre les litiges en dehors des tribunaux se fait selon une méthode précise et possède

⁵⁶⁵ Article 17.5 du Mémorandum d'accord.

⁵⁶⁶ *CE-Bananes*, WT/DS27, 22 mai 1997, par. 145 et 147.

plusieurs étapes comme la procédure au sein de l'OMC (Paragraphe II) ou dans une autre instance internationale (Paragraphe I).

Paragraphe I - Le rôle de l'arbitrage au niveau international

De plus en plus, les États soumettent les litiges découlant des contrats internationaux à l'arbitrage ; cela est fréquent pour les contrats commerciaux généraux et même dans des domaines comme la construction, l'énergie et l'investissement. Le succès de l'arbitrage international est dû aux avantages considérables qu'il présente par rapport à une procédure portée devant les juridictions d'un État (A). Néanmoins, certains inconvénients doivent être pris en considération par les parties avant établir la convention d'arbitrage.

En raison de l'énorme quantité de temps et d'argent impliquée dans le processus juridictionnel, les parties sont davantage tournées vers les autres modes alternatifs de règlement des différends qui sont plus rapides, privés et plus économiques que la salle d'audience. Une étude comparative sur les principales modes alternatifs de règlement des différends s'avère importante afin de différencier les caractères essentiels de l'arbitrage international (B).

A - Les aspects positifs de l'arbitrage

Les acteurs du commerce international préfèrent habituellement recourir à l'arbitrage⁵⁶⁷ pour régler leurs litiges à la place des juridictions traditionnelles. Ce n'est pas une remise en cause systématique des qualités du processus de l'arbitrage qui attire les parties en litige, mais plutôt le refus, compréhensible, de se soumettre au juge de l'autre partie par crainte qu'il ne soit pas suffisamment impartial et indépendant.

⁵⁶⁷ JARROSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, pp. 158-162.

L'avantage le plus important de l'arbitrage international⁵⁶⁸ réside dans sa neutralité. Aucune équipe n'est obligée de se soumettre au juge de l'autre partie parce que la partie qui engage un procès devant le juge de son adversaire se trouve naturellement dans une position d'infériorité. Le but de l'arbitrage est donc de placer les deux parties en conflit sur un pied d'égalité.

En outre, l'arbitrage offre également aux parties des garanties qui n'existent pas dans les juridictions étatiques, notamment en ce qui concerne l'examen approfondi des moyens de faits et de droit. Ce gage de qualité reste avant tout relatif aux compétences particulières des arbitres désignés et aux moyens et dispositions disponibles. La majorité des tribunaux nationaux se trouvent paralysée et manque des ressources indispensables pour régler et traiter la quantité de faits complexes et techniques, pour entendre les nombreux témoins et experts, pour faire appliquer un droit qui leur apparaît méconnu.

La faculté de choisir librement⁵⁶⁹ et indépendamment les personnes qui trancheront leur litige constitue un avantage supplémentaire en faveur des parties. Le tribunal arbitral est composé en principe de trois membres. Chaque partie possède le droit d'en choisir un, ces deux arbitres, une fois choisis, désignent le troisième. Cette procédure permet de sélectionner des arbitres disposant d'un « bon profil » : leur expérience, leur gestion des procédures, leurs connaissances en matière de transactions internationales, des compétences distinctives au niveau juridique, technique, économique, linguistique et même une certaine conscience des données culturelles, sociales et politiques sont pris en compte.

Par ailleurs le recours à l'arbitrage comporte un avantage considérable pour l'exécution de la sentence, surtout en l'absence d'un traité global dédié à la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires. À ce jour, la Convention de New York⁵⁷⁰ est toujours en vigueur dans la quasi-totalité des États. Cela garantit non seulement la résolution des litiges selon une seule et unique procédure⁵⁷¹ évitant ainsi l'insécurité face à la multiplicité de procédures devant les différentes juridictions, mais encore amène à assurer la reconnaissance presque universelle de

⁵⁶⁸ L'arbitrage est assez utilisé en droit international, notamment lorsqu'il s'agit de relations à caractère économique intéressant plus d'un pays. Ce caractère international appelle un régime où l'autonomie des parties dans la détermination des règles de droit applicables est particulièrement large.

⁵⁶⁹ Pourtant, la liberté des parties au stade de la désignation des arbitres n'est pas sans limites, car elles peuvent être forcées à déterminer un arbitre issu d'une liste exhaustive. Ce système qui est pratiqué en particulier devant le Tribunal arbitral du sport (TAS), est à notre avis inutilement restrictif, à moins de donner une certaine assurance quant aux qualifications des arbitres (ATF 129 III 445, 456-457) ; l'abréviation ATF, conformément aux directives édictées par le tribunal fédéral suisse, est réservée aux arrêts publiés au Recueil officiel.

⁵⁷⁰ La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (Convention de New York, 1958, entrée en vigueur le 07/06/1959).

⁵⁷¹ KOHLER (G. K.), RIGOZZI (A.), *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Genève, SCHULTHESS, 2006, p. 11.

la sentence dérivée de la procédure arbitrale. Cette facilité d'exécution de la sentence arbitrale accentuerait le phénomène d'exécution de manière plus spontanée.

De plus, la rapidité de la procédure arbitrale est souvent présentée comme un élément positif en comparaison avec la justice étatique. Même si la rapidité de la procédure arbitrale reste parfois relative, la sentence arbitrale n'est susceptible que d'un seul recours⁵⁷² très restrictif, ce qui contribue indubitablement à raccourcir la durée totale de la résolution du différend.

Il y a également la confidentialité de la procédure qui peut être un autre avantage de l'arbitrage. La confidentialité est essentielle dans l'arbitrage commercial, notamment sur des sujets sensibles tels que la propriété intellectuelle. Mais cette confidentialité connaît de nombreuses exceptions et elle n'est pas toujours respectée⁵⁷³.

Ainsi la procédure arbitrale reste plus flexible que la justice étatique et permet de mieux prendre en compte les besoins spécifiques de chaque litige. Elle est de par sa nature plus apte à s'adapter à la diversité croissante des litiges aujourd'hui.

Pourtant l'arbitrage international comporte aussi des inconvénients notables. Le plus souvent cité en doctrine est le fait que l'arbitre ne dispose pas de l'*imperium* et que l'avancement de la procédure dépendra fondamentalement de la bonne volonté des parties. L'arbitre n'a pas le pouvoir d'imposer des sanctions à l'égard de la partie récalcitrante, qui refuserait de se conformer à ses décisions.

Une autre caractéristique, qui affaiblit aussi la procédure d'arbitrage, est due à l'impossibilité pour le tribunal arbitral d'ordonner la jonction des procédures connexes et en plus l'impossibilité dans un même et seul arbitrage de rassembler toutes les parties potentiellement intéressées.

Malgré la rapidité de l'arbitrage par rapport à la justice étatique, il demeure généralement plus coûteux. En effet, le degré d'approfondissement et d'investigation, entraîne des coûts importants : honoraires d'avocats, frais de témoins et d'experts, etc. D'autre part, les parties supportent exclusivement le coût de la procédure notamment les honoraires et frais d'arbitres,

⁵⁷² Quand l'arbitrage est achevé, les décisions des arbitres sont finales et sans appel. Au cas de refus du résultat, vous ne pouvez pas vous présenter au tribunal pour essayer de nouveau. Les décisions des arbitres ne peuvent être contestées que sous des circonstances limitées ; par exemple, si vous pouvez prouver que l'arbitre était partial. La contestation de la décision d'un arbitre se fait normalement dans les trois mois ou moins dans une « requête en annulation ».

⁵⁷³ CHRISTOPH (M.), « La confidentialité en arbitrage commercial international : un trompe-l'œil ? », ASA Bulletin, vol. 23, n° 1, 2005, pp. 216-220.

les frais administratifs de l'institution de l'arbitrage, la location des salles d'audience, alors que dans la procédure judiciaire c'est l'État qui prend en charge majoritairement les frais de fonctionnement de la justice. Pour ces raisons, le coût de l'arbitrage d'une instance unique est beaucoup plus élevé que celui de la procédure étatique de plusieurs instances⁵⁷⁴.

À cause de la variété des sujets de l'arbitrage et de leurs ramifications, de leurs implications dans plusieurs domaines du commerce international (droit du travail, contrats de consommation) un autre inconvénient de l'arbitrage se présente quand les arbitres n'arrivent pas à octroyer d'assistance juridique à une partie aux moyens financiers faibles.

Après avoir présenté les aspects positifs qui encouragent le recours à l'arbitrage, nous allons étudier dans la partie (B) la différenciation de ce mécanisme par rapport aux autres modes alternatifs de règlement des différends⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ KOHLER (G. K.), RIGOZZI (A.), *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, op. cit., p. 11.

⁵⁷⁵ Le terme en anglais est, (Alternatives Dispute Résolutions ,ADR).

B - L'arbitrage, un mode différent par rapport aux autres mécanismes de règlement de différend

Le processus de l'arbitrage est le fruit d'un commun accord⁵⁷⁶ entre plusieurs parties dans un contrat quant au règlement des litiges existants ou futurs⁵⁷⁷. Il s'achève par une sentence qui a la valeur et la qualité d'un jugement, susceptible d'être exécuté par les différents tribunaux étatiques. Le tribunal arbitral offre des garanties suffisantes d'impartialité et d'indépendance. Mais ce processus dispose de caractères et de propriétés particulières qui diffèrent des autres mécanismes de règlement des différends. Nous allons les étudier.

Le juge et l'arbitre occupent la même fonction juridictionnelle. Toutefois la différence se manifeste lorsque l'on considère le juge comme un organe d'autorité publique qui tient ses pouvoirs de la loi définissant ses compétences. À défaut d'exécution volontaire par la partie perdante, la décision du juge peut être exécutée par voie de contrainte, sauf à l'étranger, où le juge devra obtenir l'autorisation de la juridiction locale compétente. À l'opposé, l'arbitre obtient sa légitimité par la volonté des parties qui le désignent. Lorsque les parties n'exécutent pas la décision arbitrale spontanément, elle ne peut être mise en œuvre par la contrainte qu'après autorisation de la juridiction locale compétente⁵⁷⁸.

La méthode de la conciliation est un mode de règlement de certains litiges exercé soit directement par le juge soit par un conciliateur. Elle peut intervenir en dehors de tout procès ou au cours d'une procédure judiciaire déjà enclenchée. Elle vise également à trouver un accord amiable entre les personnes impliquées dans le conflit. En cas de succès du processus, il aboutit à une transaction par laquelle les parties, avec l'aide du conciliateur, mettent un terme à leur conflit. En cas d'échec, le processus n'aboutit à rien et les parties se trouvent

⁵⁷⁶ Il est cependant utile de savoir que plusieurs droits utilisent les termes "clause compromissoire" pour désigner l'engagement de recourir à l'arbitrage pris avant la naissance du litige et "compromis" le même engagement survenu après cette naissance. Les effets juridiques distincts, naguère attachés à cette distinction, ont aujourd'hui largement disparu, mais la terminologie subsiste. Pour une lecture plus approfondie voir, www.eur-export.com/francais/apptheo/qjuridique/envleg/arbitrage.htm.

⁵⁷⁷ La clause compromissoire, expression de la volonté des parties, se trouve à l'origine de l'arbitrabilité du litige. Elle est universellement consacrée comme autonome, ainsi que l'a confirmé la loi type CNUDCI. Ce principe d'autonomie de la clause résulte en droit français d'un arrêt de la Cour de Cassation du 7 mai 1963 (ets Gasset c. Caparelli). Dans la plupart des autres ordres juridiques, ce principe est la conséquence de dispositions législatives ; à titre d'exemple, l'Espagne l'a intégré dans sa récente modernisation du droit en matière d'arbitrage (art. 22 de la loi 60/2003)

⁵⁷⁸ KOHLER (G. K.), RIGOZZI (A.), *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, op. cit., p. 5.

obligées d'utiliser un autre mode de règlement des différends. Elles y perdent du temps et de l'argent. En effet, les confusions entre ces deux procédures sont assez fréquentes.

Lors d'une médiation, un tiers indépendant et impartial, formé à la médiation, propose aux personnes en conflit de régler à l'amiable leurs oppositions grâce à son intervention confidentielle, par l'adoption d'une solution consensuelle satisfaisante pour chacune des parties. La médiation devient internationale lorsqu'elle est mise en œuvre au profit des parties qui ont, au moment de la médiation, leur établissement, domicile ou nationalité, dans des États différents.

Ce qui distingue ces deux méthodes, conciliation et médiation, du procès étatique ou de l'arbitrage est le caractère non obligatoire du processus. Le médiateur et le conciliateur proposent mais le juge et l'arbitre imposent. En réalité, il n'existe pas une grande différence de nature entre la conciliation et la médiation. La loi-type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale englobe toute forme non contraignante de règlement des différends impliquant l'intervention d'un tiers par le biais de la conciliation. Aujourd'hui, on parle de médiation lorsque l'on fait appel à des techniques plus élaborées et de conciliation lorsqu'il s'agit d'une approche immature ou moins structurée.

Les techniques de médiation et de conciliation sont rapides, peu coûteuses et permettent parfois d'aboutir à des solutions plus créatives que les solutions proposées par les arbitres ou les juges. Pourtant, elles ne conviennent pas à n'importe quel litige et dépendent de la situation des parties. Par exemple, dans le cas où le défendeur est de mauvaise foi et lorsqu'il cherche uniquement à gagner du temps, ou bien lorsqu'une partie cherche une décision qu'elle a l'obligation de soumettre à un tiers, tels un assureur ou une banque. Cette procédure peut devenir inefficace, voire juridiquement dangereuse si elle n'est pas utilisée de la bonne foi. Enfin, elle ne sera qu'un coup d'épée dans l'eau en cas d'échec⁵⁷⁹.

Lors d'une expertise arbitrale ou « expertise-arbitrage »⁵⁸⁰, deux parties nomment un tiers afin qu'il donne ponctuellement son avis (il ne liquide pas le différend) sur une question de fait ou sur un point de droit, avis auquel les parties acceptent par avance de se soumettre⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, 2006, p. 7.

⁵⁸⁰ « L'expertise-arbitrage est une institution originale de procédure. Elle permet de charger un tiers, jouissant de connaissances spéciales, de procéder à la constatation, obligatoire pour les parties, de faits pertinents. Celles-ci peuvent faire établir ainsi, sans possibilité de contestation ultérieure, certains faits concernant un procès actuel ou futur. », Mess. CPC, FF 2006, p. 6841 ss, ad art. 186.

⁵⁸¹ Arrêt du TF C.239/1986 du 14 novembre 1986, consid. 1, SJ. 1987/ 223, 35 p.

L'expert-arbitre, contrairement à l'arbitre, n'a pas le pouvoir d'allouer définitivement des demandes susceptibles d'exécution forcée. Il doit néanmoins respecter les principes fondamentaux de procédure. En cas de non respect des conclusions de l'expert-arbitre par une partie⁵⁸², l'adversaire recourra à une action en justice dans laquelle il peut invoquer l'expertise à titre de preuve⁵⁸³. Les constatations de l'expert-arbitre lient le juge à moins qu'elles soient incontestablement injustes, arbitraires, défectueuses, profondément contraires à l'équité ou reposant sur une situation de fait erronée. Le vice de consentement est également acceptable pour le désengagement des constatations mentionnées.

Dans l'ensemble, grâce à ses avantages multiples, ces mécanismes restent toujours intéressants et on les retrouve de plus en plus dans les contentieux soumis au règlement des différends dans le cadre de l'OMC. Après cette présentation des aspects positifs qui encouragent le recours à l'arbitrage et la différence de ce mécanisme par rapport aux autres modes alternatifs de règlement des différends, nous allons aborder les différentes phases d'intervention de l'arbitre au cœur de l'OMC (Paragraphe II).

Paragraphe II - Les différentes phases d'intervention de l'arbitre dans le cadre de l'OMC

Le système de règlement des différends dans le cadre de l'OMC ne possède aucun pouvoir autonome et ses conditions d'intervention restent dépendantes de la volonté des membres de l'OMC qui déterminent les règles applicables pour résoudre les litiges.

Pour mettre fin aux contentieux d'ordre commercial, l'ORD se fonde sur le droit établi par les accords de l'OMC, afin de déterminer si les réglementations en cause prévoient des éléments discriminatoires, ou si les justifications présentées par les États dérogent au principe de la bonne foi. La mission de l'ORD n'est pas de créer des nouvelles règles. La conformité

⁵⁸² La codification de l'expertise-arbitrage est très partielle : le Code ne traite pas du tout de l'expertise-arbitrage sur les questions de droit. Cette dernière est admise dans son principe, mais sa portée n'équivaut pas à celle d'une sentence arbitrale : en cas de non-respect par le débiteur, le créancier n'a pas d'autre solution que d'intenter une action en exécution du contrat d'expertise-arbitrage ou en dommages-intérêts.

⁵⁸³ Sauf si les parties en différend sont liées par une clause arbitrale.

de sa jurisprudence vis-à-vis des accords engageant les États Membres est contrôlée par l'Organe d'Appel. L'ORD n'intervient que s'il est saisi par l'une des parties. Comme son rôle essentiel est d'assister les États à solutionner leurs problèmes, il ne pourra donc pas s'autosaisir.

En effet, le recours à l'ORD n'est jamais la seule issue envisageable pour un différend. Les États demeurent libres de trouver des solutions amiables en dehors du système de règlement des différends. Dans ce système, l'arbitrage peut être utilisé comme alternative aux procédures judiciaires de base (A) ou au stade de la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'Organe de règlement des différends (B).

A - Le recours à l'arbitrage comme alternative aux procédures judiciaires

Les opérateurs commerciaux à l'échelle internationale ont souvent privilégié le recours à des moyens extrajudiciaires alternatifs, afin de solutionner leurs différends⁵⁸⁴. Ces chemins alternatifs sont avantageux car ils sont flexibles, confidentiels et rapides. Pourtant, ces voies alternatives ne se terminent pas toujours par un règlement définitif des litiges⁵⁸⁵, mais permettent d'en régler des points nombreux et préservent certainement les relations futures nécessaires à maintenir leurs liens de coopération.

Cette logique a guidé les négociateurs du Mémoire d'accord lors de l'élaboration des règles et des procédures qui encadrent le règlement des différends de l'OMC⁵⁸⁶. De fait, ces voies alternatives de règlement des différends offrent une meilleure stabilité des relations commerciales interétatiques et favorisent le pragmatisme. Parmi ces voies, on citera l'arbitrage.

⁵⁸⁴ BERHERENS (P.), « Alternative Methods of Dispute Settlement in International Economic Relation » in PETERSMANN (E.U.), JAENICKE (G.), éd., *Adjudication of International Trade Dispute in International and National Economic Law*, Fribourg, University Press, 1992, pp. 25-28.

⁵⁸⁵ SALAMA (S.), « L'arbitrage dans le nouveau système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *IBLJ*, n° 5, 2003, p. 539.

⁵⁸⁶ Annexe 2 du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, www.wto.org/french/docs_fr/legal_fr/28-dsu.doc.

Le (*General Agreement on Tariffs and Trade* « GATT »), en français l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, a été signé le 30 octobre 1947 par 23 pays, afin d'homogénéiser les politiques douanières des parties engagées. Le traité était entré en vigueur en 1948, quant au secrétariat il s'était installé à Genève. L'un des derniers cycles de négociations (l'Uruguay Round, de 1986 à 1994) s'était achevé par la signature de l'accord de Marrakech qui a créé l'Organisation mondiale du commerce.

L'arbitrage était très connu de la part des acteurs économiques au niveau international. Avant la création de l'OMC (1) et depuis longtemps les acteurs reconnaissaient la prééminence du règlement des différends à travers ce mécanisme. En réalité, pendant des années et après la création de l'OMC (2), l'arbitrage a subi de multiples développements et une application plus croissante.

1 - L'arbitrage au cœur du GATT

Le GATT de 1947 était une étape temporaire avant l'entrée en vigueur de la Charte de la Havane. Il a connu plusieurs évolutions dont la dernière en date était le cycle d'Uruguay.

La Charte de la Havane fut adoptée par la conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi⁵⁸⁷, afin de donner naissance à l'Organisation Internationale du Commerce (OIT) ; elle a déjà prévu explicitement à l'article 93⁵⁸⁸ l'arbitrage comme un moyen de règlement des différends. De plus, celui-ci était considéré comme un moyen de substitution. En effet, l'article 94.2⁵⁸⁹ stipulait que, dans l'hypothèse où une affaire ne pourrait être résolue d'une manière équitable selon les moyens de règlement traditionnels et officiels, il est préférable de

⁵⁸⁷ www.wto.org/french/docs_f/prevto_legal_f.htm.

⁵⁸⁸ Les États membres en cause pourront soumettre à l'arbitrage, dans les conditions dont ils seront convenus, toute affaire relevant du paragraphe premier, étant entendu que la décision de l'arbitre ne liera en rien l'Organisation ou aucun État membre, à l'exception des États membres qui ont soumis le différend à l'arbitrage.

⁵⁸⁹ Le Conseil exécutif fera sans retard une enquête sur l'affaire et décidera s'il y a effectivement privation totale ou partielle d'un avantage au sens du paragraphe premier de l'article 93. Il prendra alors celles des mesures suivantes qui pourront convenir au cas d'espèce:.... c) soumettre l'affaire à l'arbitrage dans les conditions arrêtées, d'un commun accord, par le Conseil exécutif et les États membres en cause.

la soumettre à l'arbitrage dans les conditions prévues, avec l'accord des parties et par le Conseil exécutif.

La Charte de la Havane n'est jamais entrée en vigueur pour plusieurs motifs ; pourtant, il fallait un système pour appliquer et préserver les concessions tarifaires négociées en 1947. Pour cette raison, il a été convenu d'extraire le chapitre sur la politique commerciale de la Charte de la Havane et de prévoir quelques ajouts et améliorations pour qu'il devienne l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Pour que le GATT soit opérationnel rapidement, un Protocole d'application provisoire a été décidé⁵⁹⁰. Cet Accord fut approuvé et mis en vigueur en 1948, le GATT est ainsi né. Malheureusement, l'Accord du GATT n'a englobé que deux dispositions relatives au règlement des différends (articles XXII et XXIII), parmi lesquelles aucune disposition ne s'est référée à l'arbitrage⁵⁹¹.

Malgré cette absence, les parties contractantes ont adopté l'arbitrage comme un moyen complémentaire de règlement des différends. À titre d'exemple, on citera l'affaire dite des Volailles qui concerne un litige entre CEE et EU⁵⁹². D'après les faits, en octobre 1963, les deux parties ont envoyé une demande au Conseil des représentants du GATT afin de créer un groupe spécial pour qu'il puisse leur donner un avis consultatif sur la solution souhaitable pour entamer leurs négociations à propos du secteur de la volaille. Le groupe s'est réuni plusieurs fois en novembre 1963 et a présenté son rapport aux demandeurs qui se sont conformés à ses conclusions.

À l'époque, cette affaire était considérée comme le seul exemple connu. En effet, la rareté de ce mécanisme est due à la mission du groupe qui se contente de donner un simple avis consultatif. Certes, les parties n'étaient pas totalement satisfaites des conclusions du GS, toutefois elles pouvaient recourir à des voies plus efficaces. De plus, la force obligatoire d'une décision arbitrale reste fragile car elle dépend de la volonté des parties. Par ailleurs, les parties signataires étaient réticentes à voir une instance arbitrale trancher leur conflit par une décision coercitive. Le rôle principal des arbitres était, *a priori*, limité à proposer une solution convenable pour les deux parties. Dès lors, une réforme de système s'est avérée nécessaire.

⁵⁹⁰ www.wto.org/french/docs_f/prevto_legal_f.htm.

⁵⁹¹ SALAMA (S.), « L'arbitrage dans le nouveau système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 540.

⁵⁹² WALKER (V. H.), « Dispute Settlement: The Chicken War », *American Journal of International Law*, n° 58, 1994, pp. 678-682.

Le cycle d'Uruguay, l'Uruguay Round, est l'ultime et le plus important des huit cycles de négociations internationales ayant eu lieu dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), entre 1986 et 1994. Ce cycle s'est terminé par la signature des accords de Marrakech (avril 1994), et a finalement fait naître l'Organisation mondiale du commerce (1995). Il a abordé également de multiples domaines comme les télécommunications de base, les services financiers, l'agriculture et les services.

Parmi les suggestions transmises aux négociateurs du Cycle d'Uruguay afin d'améliorer et de renforcer le système de règlement des différends, il a été préconisé d'intégrer formellement l'arbitrage comme moyen de règlement des différends. Une grande majorité des négociateurs était, durant la phase initiale des négociations, favorable à cette proposition. Les décisions de l'arbitre, selon le consensus, ne devaient préjudicier aux droits des parties tierces, ni avoir le pouvoir exclusif pour interpréter les règles du GATT⁵⁹³. Enfin, le nouveau système de règlement des différends du GATT issu de cette négociation a été approuvé le 21 avril 1989 en confirmant ainsi de manière explicite l'arbitrage comme l'un des moyens de règlement des différends.

Durant le cycle d'Uruguay et jusqu'à l'entrée en vigueur officielle du GATT en 1994, les États n'ont, à notre connaissance, jamais souhaité l'arbitrage obligatoire, mais il y a eu une demande pour aboutir à un arbitrage. La CE, soutenue par Hong Kong et l'Australie, a préconisé de soumettre le différend qui l'opposait aux États-Unis concernant le tarif douanier au GATT, mais malheureusement cette demande a essuyé un refus de la part des américains⁵⁹⁴.

L'Acte final qui s'appuyait sur le bilan des négociations commerciales du Cycle d'Uruguay a été signé le 15 avril 1994 lors d'une conférence tenue à Marrakech. Mettant fin à un cycle de négociations commerciales commencé en 1986, il reconnaît la légitimité de plusieurs autres textes qui réforment en profondeur le cadre institutionnel du commerce international. Compte tenu de l'importance des voies extrajudiciaires afin de règlement des différends, l'arbitrage était retenu dans le GATT de 1994 comme un moyen utile pour résoudre les conflits.

⁵⁹³ SALAMA (S.), « *L'arbitrage dans le nouveau système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce* », *op. cit.*, p. 544.

⁵⁹⁴ International Arbitration Report, 1989, v. 4, n°10, p.339 et suiv.

Après avoir démontré le positionnement de l'arbitrage au sein du GATT, nous allons examiner le recours à ce mécanisme qui est considéré comme une alternative aux procédures de règlement des différends de l'OMC (2).

2 - L'arbitrage au cœur de l'OMC

Le cycle d'Uruguay, qui s'est terminé par les accords de Marrakech (avril 1994), a finalement donné naissance à l'Organisation mondiale du commerce (1995). Même au sein de l'OMC, l'arbitrage peut souvent être employé comme une alternative aux procédures de règlement des différends⁵⁹⁵.

Cette possibilité offre beaucoup d'avantages ; en effet, les parties jouissent d'une grande autonomie dans cette phase. La volonté des parties, contrairement à des voies classiques politiques ou aussi diplomatiques, joue un rôle primordial en adoptant ce chemin. L'accord des parties est la pierre angulaire, pas seulement pour recourir à l'arbitrage⁵⁹⁶, mais aussi pour choisir l'arbitre et la procédure applicable.

L'autonomie des parties n'est pas absolue ; dans certaines hypothèses, le processus arbitral peut être déclenché initialement par la volonté unilatérale d'une partie ou par l'initiative de l'ORD. Par ailleurs, dans les conflits en relation avec l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (SMC)⁵⁹⁷, les procédures à engager sont préétablies. Comme le Mémorandum d'accord dispose que les articles 21 et 22 s'appliqueront *mutatis mutandis* aux décisions arbitrales, le directeur général de l'OMC désignera l'arbitre lorsque les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur le choix à effectuer.

Par ailleurs, l'article 25.1 du Mémorandum exige certains assouplissements à cette autonomie accordée aux parties, dans le but de faire intégrer l'arbitrage dans le cœur même du système multilatéral de règlement des différends. L'arbitre, selon cet aliéna, doit examiner

⁵⁹⁵ Article 25.1 du Mémorandum.

⁵⁹⁶ Article 25.2 du Mémorandum d'accord.

⁵⁹⁷ www.wto.org/french/tratop_f/scm_f/subs_f.htm. L'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires ("Accord SMC") traite de deux questions distinctes mais étroitement liées: les disciplines multilatérales qui régissent l'octroi de subventions, et le recours à des mesures compensatoires en vue de neutraliser le dommage causé par des importations subventionnées.

uniquement des questions bien déterminées par les parties⁵⁹⁸ et pas le conflit en général⁵⁹⁹. Dans cette logique, le texte affirme que les accords sur le recours à l'arbitrage devront être annoncés à tous les membres suffisamment longtemps avant le commencement effectif de la procédure d'arbitrage⁶⁰⁰. Le but de cette opération est de donner l'occasion aux autres membres d'intervenir directement dans l'arbitrage, le cas échéant ; pourtant, cette faculté est conditionnée évidemment par l'accord des parties impliquées au conflit⁶⁰¹.

Le texte précise également que les décisions arbitrales doivent être notifiées à l'ORD et au Conseil ou Comité, pour tout accord pertinent, ce qui permet à tout membre de soulever toute question qui l'affecte. La justification de cette disposition se révèle par le fait que les décisions arbitrales ne pourront en aucun cas affecter les droits et les obligations des membres de l'OMC étrangers au litige, ni au droit exclusif de l'ORD d'interpréter les dispositions de l'OMC, sans être obligé de suivre l'interprétation donnée par les arbitres⁶⁰².

Les règles du Mémoire d'accord sur l'arbitrage intergouvernemental qui instaurent un autre moyen de règlement des différends entre les gouvernements membres de l'OMC sont à distinguer de l'arbitrage privé et des « procédures d'examen indépendant », prévues à l'article 4 de l'Accord de l'OMC relatif à l'inspection avant expédition⁶⁰³ pour des décisions juridiquement contraignantes prises par la commission indépendante concernant les différends entre les entités d'inspection avant expédition et les exportateurs⁶⁰⁴. La décision adoptée par le Conseil général de l'OMC le 13 Décembre 1995 sur « l'opération d'établissement de la commission indépendante en vertu de l'article 4 de l'Accord sur l'inspection avant

⁵⁹⁸ Article 25.1 du Mémoire d'accord : un arbitrage rapide dans le cadre de l'OMC, conçu comme un autre moyen de règlement des différends, peut faciliter la solution de certains différends concernant des questions clairement définies par les deux parties.

⁵⁹⁹ PETERSMANN (E. U), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, London, Kluwer Law International, 1997, p. 70.

⁶⁰⁰ Article 25.2 du Mémoire d'accord : ... Les accords sur le recours à l'arbitrage seront notifiés à tous les Membres assez longtemps avant l'ouverture effective de la procédure d'arbitrage.

⁶⁰¹ Article 25.3 du Mémoire d'accord : d'autres Membres ne pourront devenir parties à une procédure d'arbitrage qu'avec l'accord des parties qui sont convenues d'avoir recours à l'arbitrage.

⁶⁰² PETERSMANN (E.U), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁰³ Traduit par nos soins, WTO Agreement on Pre-shipment Inspection (PSI) ; l'Accord sur l'inspection avant expédition de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) prévoit que le processus d'inspection avant expédition ne doit pas donner lieu à des retards inutiles ou à une inégalité de traitement. Elle établit un ensemble convenu de procédures transparentes, y compris les délais, pour ces inspections et crée un organisme indépendant d'examen impartial pour régler les différends entre les importateurs et les sociétés d'inspection avant expédition.

⁶⁰⁴ En effet, l'inspection est une pratique fréquemment utilisée par les pays en développement afin de confier à des sociétés de droit privé la mission de contrôler, avant expédition, les marchandises en ce qui concerne leur prix, qualité, quantité, ... etc. SALAMA (S.), « *L'arbitrage dans le nouveau système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce* », *op. cit.*, p. 544.

expédition » crée l'entité indépendante « en tant qu'organe subsidiaire du Conseil du commerce des marchandises », à être employée par le Secrétariat de l'OMC.

Les experts nommés pour siéger comme panélistes, conformément aux procédures d'examen indépendant dans l'article 4 de l'Accord, ont la qualité de fonctionnaires de l'OMC et doivent disposer des pouvoirs propres et de l'indépendance nécessaire pour bien effectuer leur mission. La décision de 1995 comporte dans son annexe III les règles de procédures pour le fonctionnement des réexamens indépendants en vertu de l'article 4 de l'accord OMC concernant l'inspection avant expédition. Selon ces règles, le but du réexamen indépendant de l'OMC est de trancher les différends entre les exportateurs et les entités d'inspection en fonction des dispositions de cet accord⁶⁰⁵.

L'objet d'un examen indépendant doit être relativement limité, conformément à l'article 4 (f) de l'Accord sur l'inspection avant expédition. En effet, le but est de savoir si, dans le cadre de l'inspection en cause, les parties au différend se sont conformées aux dispositions de cet Accord. Les décisions du comité d'examen sont contraignantes pour l'entité d'inspection avant expédition et l'exportateur qui sont parties au litige⁶⁰⁶. Cette procédure d'examen indépendant en vertu de l'Accord IAE reste à ce jour l'unique procédure de l'OMC pour régler les conflits entre parties privées.

Les décisions arbitrales bénéficient, selon le principe *mutatis mutandis* déjà évoqué, des mêmes fondements juridiques prévus aux articles 21 et 22 du Mémoire, à savoir la surveillance de l'application de la décision arbitrale et l'autorisation, lorsqu'un État n'exécute pas la décision de l'arbitre, des mesures de compensation, la suspension des concessions ou aussi toute autre obligation.

Malgré l'existence de cette faculté arbitrale qui amène à trancher le litige préalablement au recours au système de règlement des différends de l'OMC, aucun cas concret n'a vu le jour. Pourtant, cette voie de l'arbitrage a été utilisée à multiples reprises durant la phase d'exécution des décisions de l'ORD (B).

⁶⁰⁵ Règle 1.1.

⁶⁰⁶ Article 4. g. de l'accord de PSI.

B - Le recours à l'arbitrage pour la mise en œuvre des décisions de l'ORD

Les parties du règlement au sein de l'OMC peuvent aussi recourir à l'arbitrage dans la phase de la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD. L'arbitre peut jouer un rôle pas seulement dans la détermination d'un délai raisonnable afin d'appliquer les décisions (1), mais aussi dans la détermination du niveau de compensation ou suspension dont qu'un membre doit appliquer (2).

1 - L'intervention de l'arbitre dans la détermination du délai d'exécution

Les pères fondateurs du Mémoire d'accord étaient conscients que l'efficacité de ce mécanisme ne pourrait être complète si la question de l'effectivité de ces décisions n'était pas abordée. Un des éléments essentiels de l'efficacité de ce mécanisme est le temps. Alors, la volonté était de régler les différends dans des délais rapides sans laisser la place aux stratégies dilatoires. Pourtant, les règles qui disposent les délais au sein de ce mécanisme ont subi des critiques multiples.

Le principe de base reste que l'exécution des décisions doit être immédiate et instantanée, ce que confirme l'arbitre dans l'affaire des Boissons alcooliques chiliennes en affirmant que tous les membres de l'OMC ont un intérêt à ce que le membre concerné se conforme immédiatement aux recommandations et décisions de l'ORD⁶⁰⁷. Dans le cas d'empêchement de l'exécution immédiate, l'article 21.3 (c) du Mémoire dispose que l'arbitrage peut aider à établir un délai raisonnable pour la mise en œuvre des recommandations et décisions de l'ORD. En effet, c'est l'État qui exécute et propose ce délai, lequel doit être accepté par l'État plaignant ou déterminé par un accord commun entre les deux parties. Toutefois, si les

⁶⁰⁷ WT/DS87/15, WT/DS110/14.

deux parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur un délai raisonnable, l'État obligé d'exécuter peut demander à l'ORD que ce délai soit fixé par un arbitrage obligatoire⁶⁰⁸.

À priori, les parties disposent d'un délai de dix jours afin de désigner un arbitre, mais en cas de défaut c'est le Directeur général de l'OMC qui le désignera. En général, le directeur général choisit l'arbitre parmi les membres de l'Organe d'appel⁶⁰⁹. Ce choix permettra de faciliter la mission de l'arbitre qui aura déjà examiné le dossier du conflit. Toutefois, il peut engendrer des interférences procédurales en raison du dédoublement fonctionnel, dès lors que l'arbitre peut consulter, formellement ou non, les autres membres de l'Organe d'appel.

Pendant la mise en œuvre de la mission, l'arbitre devra respecter le principe selon lequel un délai raisonnable « ne devrait dépasser 15 mois à compter de la date d'adoption du rapport du groupe spécial ou de l'Organe d'appel ». Il s'agit cependant d'une présomption simple. En fonction des circonstances, ce délai pourrait être plus court ou plus long⁶¹⁰.

Concrètement, des nombreux cas d'arbitrage ont vu le jour⁶¹¹. Une des affaires connues est le conflit qui opposait le Chili à l'Argentine relatif au Système de fourchettes de prix et des mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles par le Chili. En examinant l'affaire, le groupe spécial a remarqué le bien fondé de la plainte argentine et a conseillé au Chili d'arrêter ces mesures le plus rapidement possible⁶¹². Les consultations entre les deux pays n'ayant pas permis de s'accorder sur un délai raisonnable pour l'exécution, le Chili a réclamé par conséquent que ce délai soit déterminé par arbitrage contraignant, selon l'article 21.3.c du Mémoire. Ensuite, l'arbitre a rendu sa décision le 19 mars 2003 fixant un délai raisonnable de 14 mois à dater du jour de l'adoption par l'ORD des rapports du GS et de l'Organe d'appel.

L'intervention de l'arbitre est aussi importante au stade de la détermination du niveau de compensation ou de suspension qu'au stade de la détermination d'un délai raisonnable d'exécution (2).

⁶⁰⁸ Pour une étude générale sur cette question, voir RUIZ FABRI (H.), « Le contentieux d'exécution dans le règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce », *JDT*, 2000, pp. 605-645.

⁶⁰⁹ Par exemple, l'affaire de Corée-taxes sur les boissons alcooliques ; WT/DS75/17 ; WT/DS84/15, arbitré par M. Claus Dieter-Ehlemann, membre de l'Organe d'appel.

⁶¹⁰ Article 21.3 c du Mémoire d'accord.

⁶¹¹ L'ensemble de ses affaires est disponible sur le site officiel de l'OMC.

⁶¹² WT/DS207/R.

2 - L'intervention de l'arbitre dans la détermination du niveau de compensation ou de suspension

Les parties peuvent recourir à l'arbitrage afin de déterminer le niveau de compensation ou la suspension de concession ou d'autres engagements⁶¹³. Elles sont des mesures temporaires⁶¹⁴ qui peuvent être utilisées dans le cas où une partie n'a pas exécuté les recommandations et les décisions de l'ORD dans le délai raisonnable suggéré par l'arbitre.

Les mesures de compensation résultent d'une négociation entre les parties en conflit ; la suspension des concessions ou d'autres obligations, *a contrario*, est une mesure de rétorsion qui nécessite l'autorisation de l'ORD. Néanmoins, la partie soumise à de telles exigences pourra contester le niveau de la suspension ou affirmer que les principes et les procédures suivis par la partie plaignante n'ont pas été respectés par ce membre⁶¹⁵.

Ces allégations seront tranchées par un arbitre obligatoire. L'arbitrage dans cette phase sera assuré par le groupe spécial initial lorsque les membres sont disponibles ou par un arbitre désigné par le Directeur général de l'OMC. Il est important de noter que l'arbitrage ici n'a pas d'effet suspensif et que la décision arbitrale est définitive. Ainsi, les parties ne peuvent pas, sauf si la partie plaignante bénéficiait d'une nouvelle autorisation de rétorsion⁶¹⁶, demander un second arbitrage, ni porter l'affaire devant l'Organe d'appel⁶¹⁷.

Dans cette phase, il nous semble, selon le texte, que la mission de l'arbitre est bien précise et définie. Or l'arbitre a pour mission de déterminer le niveau de suspension et, éventuellement, sa conformité avec les engagements convenus. L'article 22.7 du mémorandum prévoit que « l'arbitre n'examinera pas la nature des concessions ou des autres obligations à suspendre, mais déterminera si le niveau de ladite suspension est équivalent au niveau de l'annulation ou de la réduction des avantages. L'arbitre pourra aussi déterminer si la

⁶¹³ Article 22.6 et 7 du Mémorandum.

⁶¹⁴ Article 22.8 « La suspension de concessions ou d'autres obligations sera temporaire et ne durera que jusqu'à ce que la mesure jugée incompatible avec un accord visé ait été éliminée, ou que le Membre devant mettre en œuvre les recommandations ou les décisions ait trouvé une solution à l'annulation ou à la réduction d'avantages, ou qu'une solution mutuellement satisfaisante soit intervenue ».

⁶¹⁵ SALAMA (S.), « L'arbitrage dans le nouveau système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *op. cit.*, p. 543.

⁶¹⁶ RUIZ FABRI (H.), « Le contentieux d'exécution dans le règlement des différends de l'organisation mondiale du commerce », *JDT*, 2000, p. 642.

⁶¹⁷ Article 22.7 du Mémorandum.

suspension de concessions ou d'autres obligations proposée est autorisée en vertu de l'accord visé ... ».

La pratique nous montre que de nombreux cas d'arbitrage ont eu lieu⁶¹⁸ ; on citera comme un exemple le conflit qui opposait le Canada au Brésil relatif aux subventions à l'exportation accordées par le Brésil aux acheteurs étrangers d'aéronefs régionaux, et considérées par le Canada comme contraire à l'article 3 de l'accord SMC. Le groupe spécial a relevé dans son rapport l'existence des mesures signalées et a conclu qu'elles étaient en violation avec l'article 3 de l'Accord SMC. Le groupe spécial a prôné que le Brésil supprime les subventions prohibées dans un délai de 90 jours⁶¹⁹. Le rapport a été approuvé, avec une très légère modification, par l'Organe d'appel et adopté par l'ORD le 19/02/2002. Le Brésil a adressé à l'ORD un ensemble de mesures prises quant aux violations de l'article 3.1 de l'Accord SMC relatif aux subventions interdites. Le Canada a estimé que les contre-mesures avancées par le Brésil, pour mettre en œuvre la recommandation, n'étaient pas appropriées.

C'est le même GS qui a analysé la question⁶²⁰. En outre, l'arbitre a estimé que « de(s) concessions tarifaires et de(s) obligations connexes au titre du GATT de 1994 pour une liste de produits tirés de la liste jointe à sa demande portant sur des échanges d'un montant total de 247 797 000 dollars EU constituent des contre-mesures appropriées au sens de l'article 4.10 de l'Accord SMC »⁶²¹.

Au fil du temps, la question de l'arbitrage est devenue de plus en plus interrogative au cœur de l'OMC car on constate une certaine préférence des États membres à recourir volontairement à ce mécanisme pour régler des questions bien précises relatives à la mise en œuvre des décisions de l'ORD plutôt que par les autres voies éventuelles. Cette préférence s'explique par des motifs d'ordre économique et par la volonté forte des États.

L'hostilité des États envers l'intervention des acteurs privés est l'illustration de la supériorité de l'autorité dont dispose l'État sur ses « sujets ». Elle se retrouve ainsi dans les instances et organisations internationales. Si la théorie de la protection diplomatique permet la défense des intérêts des acteurs privés par l'État de nationalité, elle n'entraîne qu'une prise en charge incertaine puisqu'à la discrétion de l'État. L'acteur privé est exclu de la qualité de

⁶¹⁸ www.wto.org/french/tratop_dispu_f/distabase_f.htm.

⁶¹⁹ WT/DS207/R, 23 octobre 2002.

⁶²⁰ WT/DS222/ARB, 17 février 2003.

⁶²¹ http://www.wto.org/french/news_f/news03_f/dsb_18march03_f.htm.

partie à l'instance et est ainsi maintenu dans une relation de forte dépendance par rapport à l'État de nationalité. Cependant, il est des cas où l'acteur privé, non plus en tant que partie à un différend commercial mais en tant que sachant indépendant, se détache de cette relation pour jouer un rôle spécial.

Il peut d'abord s'agir du rôle d'expert, joué par les *amicus curiae* du fait de leur expérience théorique, voire technique. L'opérateur, *amicus curiae*, n'est plus dans un lien de subordination par rapport à son État de nationalité, d'où le rôle majeur des ONG. Celles-ci jouissent d'une expertise importante dans les domaines à forte technicité, d'un réseau de contact avec la société civile et d'une bonne image pour la transparence et la légitimité de l'OMC.

Il peut ensuite s'agir du rôle de « décideur » de la solution à donner au litige, joué par les juges et les arbitres. L'importance du recours aux arbitres au sein de l'ORD est une illustration particulière de la participation des acteurs privés au règlement des litiges internationaux liés au commerce. L'acteur privé trouve précisément sa légitimité dans le fait qu'il n'est pas un État, il n'est pas une potentielle partie de ce genre de litige. La personne privée qu'est l'arbitre joue en effet un rôle tout à fait essentiel puisqu'elle est chargée de trancher un litige dont les parties sont des États. Les panélistes et juges sont également des personnes privées, non au service d'un État mais au service du règlement des litiges entre les États. Elles jouent ainsi un rôle de toute première importance.

Les volontés étatiques sont la source de cette importance. Si la soumission à l'autorité du groupe spécial ou de l'Organe d'appel découle de la qualité de partie aux accords du GATT, la soumission aux décisions arbitrales est le fruit d'une manifestation spéciale de la volonté étatique. Il semble ainsi que les États, premiers sujets du droit international, non revendiquent un certain rôle pour les acteurs privés dans le règlement des différends.

PARTIE II - Un environnement réceptif à l'intervention des acteurs privés dans le système de règlement des différends

Suite au changement de la société internationale, le droit international public, à *contrario* de la doctrine classique, a commencé à accorder une place plus importante aux acteurs privés. Une transformation délicate du statut juridique de l'individu comme sujet actif s'impose de plus en plus en droit international. Aujourd'hui, il est considéré comme un sujet « émergent » du droit international qui requiert ce statut au travers des textes juridiques internationalement adoptés par les États. Ainsi, la place subalterne qu'occupe l'individu traditionnellement dans l'ordre international va se réformer. Il jouit ainsi, dans les dernières années et dans certains domaines, de la capacité d'agir par lui-même au niveau international et hors de la tutelle étatique.

De façon générale, les évolutions du droit et de la pratique sont en faveur de l'intervention des acteurs privés afin de défendre leurs droits. En effet, les expériences juridiques et la doctrine au niveau interne voire même, au niveau international montrent une forte tendance d'amélioration du cadre universel à ce sujet (Titre I). Il est donc légitime de s'attendre à une extension quant à l'intervention des acteurs privés auprès des juridictions pour une meilleure juridicisation des litiges. Toutefois, cette possibilité engendre des effets et comprend plusieurs aspects qui méritent d'être examinés. Une extension polémique qui ne passe pas sans plusieurs arguments soit pour la soutenir, soit pour la critiquer (Titre II).

TITRE I - Un meilleur encadrement universel de l'acteur privé

L'idée d'une plus grande participation des citoyens aux décisions internationales et nationales est plus soutenue qu'avant et le rôle central et unique qu'occupe l'État est plus contesté aujourd'hui. Plusieurs remèdes sont proposés au niveau international pour une meilleure prise en compte des possibilités offertes par l'intervention des acteurs privés. Afin de ne pas laisser la prise de décision trop éloigné des personnes intéressées, un meilleur encadrement de l'acteur privé est en effet devenu visible et essentiel au sein des différentes expériences juridiques nationales (Chapitre I). Toutefois, il semble important voire même, essentiel d'élaborer une étude comparatiste entre la situation actuelle de l'acteur privé au sein de l'OMC et auprès des autres organes et organisations internationales (Chapitre II). Une telle comparaison entre les organisations internationales constitue, incontestablement, un facteur crucial pour bénéficier des autres expériences existantes et une bonne base pour les futures études et modifications au sein de l'OMC.

CHAPITRE I - La diversité des expériences juridiques nationales

Après un long cycle d'ignorance, voire même d'hostilité, à l'égard des acteurs privés devant les instances juridictionnelles internationales et une fermeture presque complète à leur intervention au sein de l'OMC, un changement notable est survenu. Les essais de formaliser les mécanismes internes de traitement des plaintes des acteurs privés et ceux de l'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne sont le témoin de cette tentative de changement.

La mise en place de mécanismes formels de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC par ses États membres est assez hétéroclite. En effet certains États membres ont mis en place des mécanismes assez complets et permettant de pallier certaines lacunes du système de l'OMC ; ceux-ci ont du se heurter à certaines difficultés, notamment en termes de reconnaissance de mécanisme par les autres États et l'OMC. D'autres États par contre ne bénéficient pas de ce type de mécanismes ou sont seulement aux prémices de ceux-ci. Il est à noter que les expériences de formalisation des mécanismes de traitement des plaintes des acteurs privés ont largement progressé ; néanmoins leur reconnaissance reste difficile et leur application ainsi que la publicité de leur existence est souvent insuffisante (Section I).

L'invocabilité des accords de l'OMC dans le droit interne de ses membres reflète aussi l'ouverture vers l'intervention des acteurs privés. La reconnaissance de cette invocabilité sert à régler la plupart des problèmes face aux acteurs privés dans le système actuel de règlement des différends au sein de l'OMC. Le recours direct par les acteurs privés aux tribunaux internes règle le problème du pouvoir discrétionnaire d'un membre de l'OMC. Il est indispensable de souligner qu'un traité n'est pas directement invocable dans l'ordre juridique interne d'un État sans qu'il soit incorporé dans l'ordre juridique interne de l'État et qu'il prime sur les autres normes internes, (Section II).

Section I - Les expériences de formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des acteurs privés

L'interaction entre les acteurs privés et le système commercial multilatéral au sein de leur État de nationalité est un sujet important à étudier. La formalisation des mécanismes internes des États Membres était une nécessité pour la reconnaissance du droit des acteurs privés d'invoquer la responsabilité internationale des membres de l'OMC.

Un rôle important a été confié aux acteurs privés par la Charte de La Havane en matière de pratiques commerciales restrictives. Cette Charte a contraint les États membres à établir un mécanisme interne permettant aux acteurs privés de leur présenter des réclamations concernant les agissements de personnes privées étrangères. Le mécanisme spécial de règlement des différends de l'ALENA, dans le domaine du droit antidumping, indique également que ce type de formalisation des mécanismes internes pourrait évoluer vers une privatisation du droit d'action. La mise en œuvre du texte du traité a permis d'observer cette évolution. Dans le cadre des accords parallèles à l'ALENA, en matière de protection des travailleurs et de l'environnement, les acteurs privés sont également mis à contribution concernant la révélation des violations de leurs obligations par les États⁶²².

Il est intéressant d'analyser ces différentes pratiques au niveau interne des pays, notamment au sein du continent américain ; les États-Unis et le Canada (Paragraphe I) et au sein du continent européen ; l'Union Européenne (Paragraphe II) afin de les comparer mais également de voir comment elles pourraient se compléter et servir de modèles aux autres États membres.

⁶²² CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, 2007, p. 421.

Paragraphe I - Les expériences de formalisation sur le continent américain

Les États-Unis possèdent une richesse d'expériences dans le domaine de la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des acteurs privés (A), contrairement au Canada qui reste encore en retrait (B).

A - L'expérience américaine de formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des acteurs privés

La procédure américaine de 1962, dans la section 252 du Trade Expansion Act de 1962, a permis aux acteurs privés une certaine implication dans le règlement des différends. Cependant, cette procédure n'était pas un véritable succès pour les acteurs privés. En effet, une nouvelle section 301 est apparue dans la législation commerciale américaine en 1974.

En raison de l'insatisfaction du Congrès américain face à la passivité du gouvernement à diriger les relations commerciales internationales des États-Unis, l'aggravation du déficit commercial croissant des États-Unis face à leurs partenaires commerciaux (comprenant le Japon au premier chef, et en raison des blocages du système commercial et de son mécanisme de règlement des différends à l'époque du GATT de 1947), le Congrès a adopté une loi en 1974 afin de simplifier le pouvoir discrétionnaire de l'administration dans les relations commerciales internationales des États-Unis. Cette loi de 1974 a aussi créé le poste de Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales « *United States Trade Representative* »⁶²³.

La Section 301, qui renvoie selon la doctrine américaine aux articles 301 à 310, oblige d'une part l'autorité américaine compétente à user des mécanismes de règlement des

⁶²³ Trade Act of 1974, Pub. L. No. 93-618, §301, 88 Stat. 1978 à l& p. 2041 (1975) (codifié tel que modifié à 19 U.S.C. §§ 2411-2420 (2000)). En effet, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales a rang ministériel et relève directement du Président. L'usage de la doctrine américaine indique que l'expression « Section 301 » renvoie aux articles 301 à 310 et au mécanisme interne qu'ils mettent en place.

différends établis par les accords commerciaux. Elle impose d'autre part des sanctions commerciales dans certaines circonstances. De plus, cette Section permet à « toute personne intéressée » de requérir de l'U.S.T.R « *United States Trade Representative* » des investigations. La notion « toute personne intéressée » englobe les entreprises, les associations commerciales, les syndicats, les groupements de travailleurs, les personnes ayant une part d'activité économique suffisante pour être affectée par l'action du gouvernement étranger, sa législation ou ses pratiques⁶²⁴.

Cette autorité est chargée au plan national de la conduite des relations commerciales internationales des États-Unis visant à assurer l'exécution des droits des États-Unis découlant des accords commerciaux internationaux et à ouvrir les marchés extérieurs pour les produits et les services américains. Le premier aspect est le plus intéressant puisqu'il s'est traduit par la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes des personnes privées américaines en ce qui concerne la violation des accords de l'OMC⁶²⁵. En effet, cet aspect de la législation américaine constitue le chaînon manquant entre les personnes privées et le système commercial multilatéral. Il renforce en quelque sorte la position des personnes privées avec la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux par l'OMC.

Nous découvrons que les opérateurs privés américains existent et sont présents dans toutes les phases du différend, à partir du début de procédure jusqu'au retrait des contre-mesures économiques. La transparence des procédures est obligatoire et exigée. Aux États-Unis les personnes privées possèdent une place importante dans la conduite des relations commerciales internationales. L'administration américaine ne donne pas seulement des informations et rend des comptes aux personnes privées indirectement lésées par les actes des autres membres de l'OMC, mais elle est aussi obligée de donner la chance d'être entendue à tout acteur privé intéressé et à tous les stades du processus. Le mécanisme interne américain est une méthode qui vise à offrir les moyens de procéder à une médiation de multiples intérêts, et à l'institutionnalisation du dialogue avec la société civile afin d'établir une véritable démocratie participative au sujet de la libéralisation du commerce international⁶²⁶.

⁶²⁴ BHALA (R.), KIVEN (K.), *World Trade Law*, Lexis Law Publishing, 1998, p. 1018.

⁶²⁵ Cet aspect de la législation américaine est également controversé, notamment concernant son articulation et sa compatibilité avec le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Cette incompatibilité qui a fait l'objet d'une plainte à l'OMC a été conformée par l'Organe d'appel. Voir l'affaire États-Unis-Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention (Rapport WT/DS234/R, du 16 septembre 2002 de l'Organe d'appel).

⁶²⁶ CÔTÉ (C. E.), *op.cit.*, p.424.

En cas de réduction ou d'annulation des avantages découlant des accords de l'OMC par un autre membre de l'organisation ou quand un acteur privé demande d'assurer la protection des droits des États-Unis, les autres personnes intéressées déposent leur requête auprès du Représentant des États-Unis. Ces requêtes peuvent être déposées en cas de violation des accords de l'OMC et même en cas de non-violation⁶²⁷. Si le Représentant refuse d'ouvrir l'enquête sur la plainte, il doit informer le requérant privé et aussi publier un avis motivé dans le « *Federal Register* »⁶²⁸, le journal officiel du gouvernement fédéral américain. Mais, s'il décide de poursuivre l'affaire et d'ouvrir une enquête sur les faits soutenus dans la requête privée, il doit publier un résumé de la requête dans le « *Federal Register* ». De plus, le Représentant doit organiser des audiences publiques sur les questions soulevées par la requête privée afin de connaître les points de vue des personnes intéressées par l'affaire. En respectant toujours la transparence vis-à-vis des opérateurs privés intéressés, le Représentant conserve le pouvoir d'initier des enquêtes de son propre chef⁶²⁹.

Ce qui rend le système de règlement des différends plus efficace est le fait que le mécanisme interne américain oblige le Représentant à entrer en consultation avec l'autre membre de l'OMC à partir du premier jour de l'ouverture de son enquête, s'il a décidé que la requête privée était justifiée⁶³⁰. L'échec des consultations oblige le Représentant à présenter formellement une plainte auprès de l'OMC, au nom des États-Unis, en demandant l'établissement d'un groupe spécial. Le Représentant est également obligé de collaborer avec l'acteur privé dans la préparation de la cause portée devant l'OMC. Dès que le Représentant décide que la requête justifie l'ouverture d'une enquête, les États-Unis seront obligés de poursuivre le processus jusqu'au bout, c'est-à-dire jusqu'à la prise des contre-mesures économiques en cas de nécessité.

Le principal problème de la compatibilité entre la juridiction nationale et la juridiction internationale apparaît lors de la phase de la prise des contres mesures économiques. La

⁶²⁷ *Trade Act of 1974*, 19 U.S.C. §§2411(a), (1) et 2412(a) (2000). Le requérant privé, après l'examen de la question de savoir s'il estime justifié de poursuivre l'affaire et d'ouvrir une enquête, doit alléguer les motifs soutenant sa demande et le Représentant doit obligatoirement lui fournir une réponse dans les 45 jours de la réception de la requête.

⁶²⁸ *Federal Register*: Bulletin quotidien des décisions administratives, régulations, ordonnances et notifications administratifs publié par le gouvernement fédéral. Le « *Federal Register* » constitue en effet l'actualisation régulière du « Code of daily federal Regulations - code quotidien de régulations fédérales ».

⁶²⁹ *Trade Act of 1974*, 19 U.S.C. §§2412(b)(2) et 2420(b). Le Représentant peut en outre être obligé d'initier une enquête en vertu des procédures dites du « *Super 301* » et du « *Special 301* », s'il a identifié une pratique commerciale déloyale dans son inventaire annuel obligatoire.

⁶³⁰ Le Représentant peut retarder la demande de consultations afin de trouver de nouvelles informations contenues dans la requête privée, mais seulement après avoir consulté le requérant privé ; cette décision doit être publiée dans le *Federal Register* et faire l'objet d'un rapport transmis au Congrès.

législation américaine motive le Représentant à décider si les avantages des États-Unis découlant des accords de l'OMC sont ignorés ou annulés⁶³¹. En cas d'annulation, des consultations publiques seront à nouveau indispensables afin de connaître les points de vue des opérateurs privés, lesquels seront publiés dans le *Federal Register* avec un avis motivé. Dans l'hypothèse d'un avis positif de la part du Représentant qui affirme que les avantages des États-Unis sont réduits ou annulés, la juridiction nationale américaine atteint son apogée en imposant des contre-mesures. Cette imposition unilatérale de contre-mesures économiques contrevient au principe de l'autorisation multilatérale des sanctions au sein du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Par conséquent, la compatibilité du mécanisme interne américain avec les accords de l'OMC est mise en question.

Le Représentant détermine, après les consultations du requérant privé et des autres acteurs privés intéressés, les contre-mesures qui doivent être imposées en cas de retard dans la mise en œuvre adéquate des décisions de l'ORD. La détermination est faite normalement après l'expiration du délai raisonnable de mise en œuvre de la décision de l'ORD prévue par le *Mémoire d'accord*⁶³², mais elle peut également l'être avant cette période dans certains cas. En outre, la révision de contre-mesures, à laquelle le requérant privé contribue aussi, est prévue afin de viser périodiquement de nouveaux secteurs du commerce international. Normalement, les contre-mesures doivent prendre fin après quatre ans d'imposition, mais, si le requérant privé ou les autres opérateurs privés bénéficiant des contre-mesures demandent leur maintien⁶³³, le Représentant les réexamine afin de prolonger leurs applications en cas de nécessité.

La question importante qui se pose ici est la suivante : est-ce que la loi américaine permet au Représentant de déterminer unilatéralement l'incompatibilité avec les accords de l'OMC ainsi que d'imposer des contre-mesures économiques ? Autre question qui surgit : est-ce que le fait de permettre à un pays membre de l'OMC d'agir unilatéralement rend un autre pays internationalement responsable ou faut-il que l'acte illicite soit concrètement réalisé ? C'est à la demande de la Communauté européenne que fut soulevée la question générale de la compatibilité de loi de 1974 avec un certain nombre de dispositions des Accords de

⁶³¹ Au plus tard 30 jours après la conclusion des procédures entreprises à l'OMC ou 18 mois après le début de son enquête, à la première de ces échéances.

⁶³² Article 22.6 du Mémoire d'accord : la détermination doit être faite au plus tard 30 jours après l'expiration du délai raisonnable prévu par le Mémoire d'accord.

⁶³³ Cette demande doit être faite dans les 60 jours précédant l'expiration des contre-mesures. Pour ce faire, le Représentant doit notifier aux personnes privées l'imminence de l'expiration des contre-mesures au moins 60 jours avant celle-ci.

Marrakech. La question de la compatibilité a été posée directement par la Communauté européenne à un groupe spécial en contestant le mécanisme interne américain face à l'OMC, avec le soutien des grands pays membres, étant intervenus en tant que tierce partie. La plainte européenne ne visait pas des actes particuliers pris par l'autorité américaine, ni les sanctions économiques qui ont répondu à des questions commerciales internationales non couvertes par les accords de l'OMC, mais elle vise la législation américaine elle-même⁶³⁴.

Le groupe spécial a estimé que le mécanisme n'obligeait pas le Représentant à faire une détermination unilatérale d'incompatibilité avec les accords de l'OMC, ni à imposer unilatéralement des contre-mesures, mais qu'il lui donnait les moyens d'y avoir recours. L'analyse du groupe spécial avait pour but de savoir si les obligations internationales des États-Unis visaient à prohiber ou permettre la permission législative de poser un acte incompatible⁶³⁵. Le groupe spécial a conclu, après qu'il ait analysé l'économie générale du *Mémoire d'accord* et ses dispositions, que le mécanisme interne américain est incompatible avec les accords de l'OMC. Le fondement de cette conclusion est que les accords de l'OMC interdisaient aux États-Unis de permettre la commission d'un acte incompatible selon leur législation afin d'éviter les actes unilatéraux. Cette conclusion a créé un effet de dissuasion à l'égard des acteurs privés. Cependant, et malgré l'apparente incompatibilité entre les aspects législatifs du mécanisme interne américain et le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, le groupe spécial a conclu finalement à la compatibilité du mécanisme américain avec les accords de l'OMC, plus précisément l'article 23 du *Mémoire d'accord*.

Cette nouvelle conclusion est apparue après une analyse approfondie des aspects « institutionnels et administratifs » du mécanisme interne américain, ce qui a mis fin à l'un des conflits les plus complexes des relations économiques internationales. Le groupe spécial a défini des mesures administratives selon lesquelles le Président américain, au moment de la conclusion du cycle de l'Uruguay, s'est engagé à modifier l'application du mécanisme interne

⁶³⁴ Roebert Hudec, dans son étude sur la législation américaine à l'époque du *GATT* de 1947, concluait que la législation elle-même n'était pas illicite, mais que les contre-mesures dont elle permettait l'imposition, dans le cadre des différends en vertu du *GATT* de 1947 ou non, étaient illicites au regard du *GATT* de 1947. Il a développé le concept de « *justified disobedience* », qui aurait pu permettre de justifier l'illicéité des contre-mesures dans certaines circonstances de crise juridique, où elles auraient pu être moins dommageables pour le système commercial multilatéral que l'application légaliste du *GATT* de 1947 (HUDEC R. E., « Thinking about the New Section 301: Beyond the Good and Evil » dans BHAGWASTI (I), PATRICK (H. T.), *Fair Trade and Harmonization - Prerequisites for Free Trade ?*, Harvard, The MIT Press, vol. 2, 1996, pp. 125-127, 140 et 147-148).

⁶³⁵ KLEBES-PELISSIER (A.), « L'organisation mondiale du commerce confrontée à la législation commerciale américaine », *RTDE*, vol. 38, n° 2, 2002, pp.195-200.

de manière compatible avec les accords de l'OMC⁶³⁶. Conscient de la fragilité de cette conclusion, le groupe spécial a rappelé à plusieurs reprises que si ces engagements sont rompus ou les États-Unis y renoncent, la compatibilité du mécanisme américain ne sera plus justifiée⁶³⁷.

Depuis 1947 et jusqu'en 2005, 121 enquêtes ont été initiées par le Représentant en vertu du mécanisme interne, dont 39 l'ont été de son propre chef et 82 suite à une requête privée. Les enquêtes qui ont été refusées par le Représentant ne sont pas incluses dans ces chiffres⁶³⁸. Il y a eu 26 enquêtes qui ont été ouvertes depuis la création de l'OMC, parmi lesquelles 16 ont été initiées par le Représentant de son propre chef et 10 suite à une requête privée. Ainsi, le nombre d'enquêtes initiées suite à une requête privée a diminué depuis la création du mécanisme interne. Cela renvoie aux procédures dites du Super 301 et du Special 301. De plus, l'existence du recours interne des acteurs privés peut soumettre le Représentant à une certaine pression quant à une démarche proactive⁶³⁹.

Malgré les contestations qui ont eu lieu en ce qui concerne ce mécanisme interne américain, nous trouvons que la formalisation des mécanismes internes concernant le traitement des plaintes privées par les autres membres de l'OMC est nécessaire et utile afin d'améliorer la participation des acteurs privés au règlement des différends commerciaux internationaux. Robert Hudec a conclu dans son célèbre article sur le mécanisme interne américain que la mise en place de mécanismes semblables par les autres Parties contractantes du GATT de 1947 était souhaitable et aurait même pu contribuer à justifier sa licéité au regard des imperfections du système commercial multilatéral de l'époque, en diminuant le caractère unilatéral et en soumettant les États-Unis à leur « propre médecine »⁶⁴⁰.

⁶³⁶ CÔTÉ (C. E.), *op.cit.*, p. 430.

⁶³⁷ États-Unis Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur, aux paragr. 7.126, 7.167, 7.178 et 7.184 (Rapport du groupe spécial).

⁶³⁸ Puisque ces refus doivent faire l'objet d'un avis publié dans le *Federal Register*, il serait toutefois matériellement possible de mesurer ces résultats. Le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales ne rend pas compte de ces statistiques sur son site Web ou dans ses documents officiels.

⁶³⁹ Greg Mastel a souligné que les opérateurs privés étaient généralement réticentes à déposer des requêtes auprès du Représentant, par peur que cela conduise au résultat à l'imposition des contre-mesures par des gouvernements étrangers. Au fond, les acteurs privés pourraient craindre l'unilatéralisme du mécanisme interne américain et son illicéité potentielle, ce qui militerait *a fortiori* pour que la formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes privées concernant la mise en œuvre des accords de l'OMC soit effectuée de manière compatible avec le droit international économique. (MASTEL G., *American Trade Laws after the Uruguay Round*, Armonk (New-York), Sharpe, 1996, pp. 16-18).

⁶⁴⁰ HUDEC (R. E.), « Thinking about the New Section 301: Beyond the Good and Evil », dans BHAGWASTI (I), PATRICK (H. T.), *Fair Trade and Harmonization – Prerequisites for Free Trade? op. cit.* pp. 125-128.

Bien que l'expérience américaine dans le domaine de la formalisation soit développée, elle n'a pas été suivie dans les pays voisins, notamment au Canada. En effet, l'expérience canadienne reste très différente et assez timide (B).

B - L'expérience canadienne de formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des acteurs privés

Le Canada, comme tous les membres de l'OMC, n'a pas mis en place un mécanisme interne formel qui traite les plaintes des acteurs privés canadiens concernant la violation des accords de l'OMC. Par conséquent dans ce pays les plaintes sont traitées d'une façon informelle. Il s'agit d'une pratique administrative qui s'est développée progressivement au sein du gouvernement fédéral. Cette pratique n'a pas de force contraignante et n'est astreinte à aucune obligation de résultat ou de transparence.

Le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international est aussi le ministère fédéral qui s'occupe des questions relatives à l'OMC. Le processus administratif conduisant au dépôt par le Canada d'une demande formelle de consultations auprès d'un autre membre de l'OMC débute par une investigation⁶⁴¹. Les opérateurs privés jouissent de plusieurs canaux pour faire parvenir leurs plaintes au gouvernement fédéral. Elles peuvent, par exemple, communiquer avec une ambassade canadienne à l'étranger ou contacter directement les fonctionnaires du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international par leur député fédéral. Le ministère réalise alors une vaste enquête afin d'établir avec suffisamment de preuves l'atteinte potentielle aux intérêts commerciaux du Canada, en accord avec les opérateurs privés engagés, les ministères fédéraux sectoriels pertinents, les gouvernements provinciaux, et même avec les autorités gouvernementales du membre de l'OMC visées par les allégations privées. Afin d'accepter ou non la plainte privée, un avis juridique sur la compatibilité des procédures avec les accords de l'OMC est nécessaire dans cette phase. Le

⁶⁴¹ En effet, cette description de la pratique gouvernementale canadienne est tirée d'un entretien entre Charles Emmanuel Côté l'écrivain du livre « *La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC* », avec MM. John Hannaford, directeur adjoint à la Direction générale du droit commercial international, et David Devine, directeur à la Direction des consultations et de la liaison-politique commerciale, au sein de ce qui constituait alors le ministère du Commerce international, 21 janvier 2005.

gouvernement fédéral vérifie aussi si la conduite critiquée n'est pas également en cours au Canada et regroupe le plus d'informations possibles afin de cerner le problème. L'automatisme n'existe pas à cette phase du processus. De plus, ni les plaintes privées ni les résultats ne seront publiés.

Après avoir rassemblé les données nécessaires, la phase de consultation débute au niveau interne, afin d'examiner la possibilité d'endosser la réclamation privée et la manière de régler le différend. Toutes les options sont ouvertes au gouvernement fédéral ; il peut refuser ou agréer le dépôt d'une plainte formelle auprès de l'OMC. Normalement, les acteurs privés impliqués et les gouvernements provinciaux ainsi que les ministères fédéraux compétents seront consultés à ce stade par le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. Mais, malgré cette consultation, la décision définitive de déposer la plainte reviendra entièrement au gouvernement fédéral, qui jouit à cet égard d'une totale discrétion. Les motifs de la décision du gouvernement ne seront pas publiés.

La troisième phase du processus sera le dépôt formel de la plainte au plan international par le Canada. Désormais, la direction de l'affaire sera menée plus étroitement par la Direction générale du droit commercial international du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. Le niveau de la participation des acteurs privés devient alors beaucoup plus limité. De plus, le gouvernement fédéral possède des ressources humaines et l'expertise suffisante pour défendre seul sa cause dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Ainsi, il n'a généralement pas besoin de recourir à des cabinets d'avocats privés, contrairement à la pratique devant la Cour internationale de justice. Mais il peut faire appel au concours d'un avocat-conseil dans certains cas particuliers. Les avocats des acteurs privés peuvent aussi être consultés sous réserve de la protection des renseignements confidentiels exigée par le mécanisme. Toutefois ces avocats ne font jamais partie de la délégation officielle du Canada.

En fait, malgré l'absence d'un mécanisme interne formel au Canada, la doctrine canadienne nous montre qu'il existe une disposition de la loi fédérale ressemblant à la « *Section 301* », autrement dit au mécanisme interne américain⁶⁴². Cette disposition relative aux tarifs douaniers autorise le gouvernement canadien à imposer des contre-mesures économiques en vue d'exercer les pouvoirs qu'un accord commercial reconnaît au Canada à l'égard d'un pays, ou de réagir aux actes, politiques ou pratiques du gouvernement d'un pays qui soit,

⁶⁴² CARMODY (C.), « Customs Tariffs s. 59 (2): A "Canadian 301"? », *JIE*, n° 1, 1998, p. 690 et p. 693.

nuisent au commerce des marchandises ou services du Canada, soit provoquent directement ou indirectement des effets néfastes à son égard. Nous pouvons souligner qu'il n'existe aucune référence explicite aux mécanismes de règlement des différends dans cette disposition. Pourtant, il existe une allusion implicite que la disposition autorise en droit interne canadien l'imposition de contre-mesures unilatérales. Nous ne trouvons pas alors une formalisation claire du mécanisme interne de traitement des plaintes privées au Canada. Comme le gouvernement fédéral n'a pas d'obligation d'enquête ou de transparence à l'égard des plaintes privées, les opérateurs privés ne jouissent d'aucun droit ou d'aucun rôle dans le processus. Malgré les tentatives menées par ces opérateurs, le gouvernement fédéral n'a jamais utilisé cette disposition afin d'imposer des contre-mesures économiques⁶⁴³.

Malgré cette situation concernant les acteurs privés au Canada, le gouvernement fédéral reste assez satisfait de la pratique actuelle. Cette attitude peut être expliquée par la nécessité de collaborer avec les acteurs privés impliqués dans l'affaire à tous les stades afin de maîtriser au mieux les données disponibles. De plus, il paraît difficile même impossible aux acteurs privés, notamment les petites et moyennes entreprises, de déterminer eux-mêmes l'existence de violations potentielles des accords de l'OMC. Les ONG défendant des intérêts non-commerciaux jouent également un rôle auprès du gouvernement fédéral, mais vu l'absence totale de publicité du processus, il reste extrêmement complexe de déterminer leur rôle.

Afin d'avoir un processus plus ouvert et plus transparent vis-à-vis des acteurs privés canadiens, une partie de la société civile au Canada s'est intéressée aux modèles américain et européen. Ainsi un comité national de l'Association de barreau canadien a été créé afin de formuler une proposition de mécanisme interne de traitement des plaintes privées concernant la mise en œuvre des accords de l'OMC. Néanmoins son but reste loin d'être réalisé. Le modèle européen quant à lui (Paragraphe II), est directement inspiré du mécanisme américain et est très en avance, voire même largement développé.

⁶⁴³ La doctrine canadienne a noté qu'un regroupement de producteurs de vin canadiens avait préparé une pétition en 1988, invitant le gouvernement fédéral à imposer des contre-mesures économiques à l'encontre de la Communauté européenne en raison des subventions qu'elle aurait octroyées aux producteurs de vin européens, mais cette initiative n'a donné aucune suite. (*ibid.*, p. 692).

Paragraphe II - Les expériences de formalisation sur le continent européen

La Communauté européenne a été le deuxième membre de l'OMC à mettre en place un mécanisme formel de traitement des plaintes privées concernant la violation des accords de l'OMC. Les expériences de formalisation des mécanismes de traitement des plaintes des acteurs privés y ont connu un grand progrès, que ce soit au niveau du processus législatif (A) ou au niveau judiciaire (B).

A - Le processus législatif du traitement des plaintes des parties privées

En réaction au mécanisme interne américain de 1974, la France a été l'acteur principal qui a incité la Communauté à créer un mécanisme interne de traitement des plaintes privées en 1984. Le *règlement 2641/84*, qui était aussi appelé Nouvel Instrument de la Politique Commerciale (NIPC), reflétait le réel désir de la Communauté Européenne de respecter le droit international économique⁶⁴⁴. Ce règlement reprenait le premier aspect du mécanisme interne américain, à savoir la coordination entre les opérateurs privés et le mécanisme de règlement des différends du GATT de 1947. Ainsi, les acteurs privés européens ont eu la possibilité de porter plainte auprès de la Commission européenne, afin de protester contre les pratiques commerciales illicites commises par les pays étrangers⁶⁴⁵. Enfin, même si l'on constate que les articles du NIPC ont omis de citer le GATT de 1947, son préambule s'y référait explicitement.

⁶⁴⁴ Par exemple, les objectifs du mécanisme interne sont décrits comme étant « de répondre aux pratiques commerciales illicites dans le but d'éliminer le préjudice en résultant » et « d'assurer le plein exercice des droits de la Communauté eu égard aux pratiques commerciales des pays tiers » et ce « dans le respect des obligations et procédures internationales » (*règlement 2641/84*, art. 1).

⁶⁴⁵ *Règlement 2641/84* art. 2(1), 3(1) et 4. Il est important de souligner que le mécanisme interne permettait également aux États membres de la Communauté européenne de soumettre des plaintes à la Commission, mais ceux-ci ne l'ont jamais fait et ont préféré recourir à la voie diplomatique informelle prévue par l'article 133 du *Traité CE* (ex-article 113), (BRONCKERS M., MCNELIS N., « The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age », *Journal of World Trade*, vol. 35, n° 4, 2001, p. 429).

Le but de ce règlement et de cette ouverture aux acteurs privés est de protéger les intérêts de la Communauté européenne toute entière, et pas seulement les intérêts individuels⁶⁴⁶. Il s'agit d'un recours interne collectif visant à défendre les intérêts de l'ensemble de l'industrie communautaire. C'est aux acteurs privés de prouver le préjudice ou la menace du préjudice à une production de la Communauté européenne. Ensuite, la Commission européenne doit décider si la plainte possède les éléments de preuves suffisants et conclure si l'intérêt de la Communauté européenne exige d'ouvrir une enquête formelle sur un problème précis. Si la Commission refuse d'ouvrir l'enquête, le plaignant doit être informé, et cette décision n'a pas à être publiée.

La publication au *Journal officiel des Communautés européennes* est prévue en cas d'ouverture d'enquête. De plus, les consultations publiques sont possibles avec tous les acteurs privés intéressés au cours de la procédure communautaire d'enquête, au terme de laquelle un rapport doit être soumis à un Comité consultatif réunissant la Commission et les États membres⁶⁴⁷. Au contraire du mécanisme interne américain, le recours au mécanisme de règlement des différends du GATT de 1947 doit avoir lieu après la procédure européenne interne d'enquête, et les contre-mesures doivent être imposées conformément à ce mécanisme, autrement dit, avec l'autorisation du Conseil du GATT de 1947⁶⁴⁸.

Malheureusement, les acteurs privés ont très peu eu recours à ce premier mécanisme interne européen. Cet échec est à priori dû aux lacunes du mécanisme de règlement des différends du *GATT de 1947*, ce qui rendra le résultat de la plainte privée peu prometteur⁶⁴⁹. De plus, le caractère collectif que doit couvrir la plainte privée a aussi limité son intérêt pour les opérateurs privés étant donné qu'il n'admet pas le dépôt des plaintes individualisées⁶⁵⁰. Mais,

⁶⁴⁶ L'art. 3(1) du *Règlement 2641/8*, définit une « production de la Communauté » comme étant l'ensemble des producteurs communautaires d'un produit identique ou similaire à celui frappé par les pratiques commerciales illicites ou d'un produit entrant directement en concurrence avec celui-ci, ou l'ensemble des producteurs communautaires consommateurs ou transformateurs du produit identique ou similaire, ou encore l'ensemble de ceux dont la production additionnée équivalait à une proportion majeure de la production communautaire totale des produits correspondants.

⁶⁴⁷ *Ibid.* art. 6.

⁶⁴⁸ *Ibid.* art. 10(2) et (3).

⁶⁴⁹ De 1984 à 1994, sept plaintes privées ont été portées auprès de la Commission européenne, qui en a rejetées deux et retenues cinq pour enquête. Cependant, certaines affaires ont pu être réglées du simple fait de la menace d'une plainte privée formelle, comme dans l'affaire de la désignation du Scotch Whisky en Bulgarie, ce qui indique qu'un des plus grands avantages de tels mécanismes internes de traitement des plaintes privées concernant l'application du droit international économique pourrait être d'exploiter davantage la négociation « *in the shadow of law* », selon l'expression de John Jackson, qui permet la juridictionnalisation du règlement des différends internationaux. (BRONCKERS M., MCNELIS N., « The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age », *op. cit.*, pp. 429-451).

⁶⁵⁰ *Ibid.*, pp. 441-442.

ce n'est qu'après la conclusion du cycle de l'Uruguay et la juridictionnalisation du règlement des différends commerciaux internationaux de l'OMC que la Communauté européenne a pu réformer en profondeur son mécanisme interne afin de le rendre plus attirant pour les acteurs privés.

Le NIPC a été abrogé par un nouveau mécanisme interne européen, prévu par le *Règlement 3286/94*⁶⁵¹, ou *Règlement sur les obstacles au commerce* (ROC). Ce mécanisme a renforcé l'arrimage du système commercial multilatéral car il prévoit explicitement qu'il doit fonctionner conformément aux accords de l'OMC et selon le mécanisme de règlement des différends⁶⁵². Pour clarifier les objets des plaintes portées, quelques concepts ambigus comme le concept des « règles généralement admises » ont été éliminés et il est désormais autorisé de déposer des plaintes en situation de non-violation, dans le cadre du régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC pour le fait licite. Ainsi, ce mécanisme interne européen est fondamentalement multilatéraliste et peut servir de modèle pour les autres membres de l'OMC qui aimeraient accroître la participation des acteurs privés dans le règlement des différends commerciaux.

Le ROC renforce aussi les droits des acteurs privés en ajoutant un nouveau recours afin de les aider et de leur permettre de défendre leurs intérêts concernant l'application des accords de l'OMC. Pour ce faire, le ROC prend en compte la localisation des conséquences commerciales dues aux obstacles parfois imposés au commerce. L'innovation du ROC réside dans le fait qu'il permet à une « entreprise de la Communauté », ou à « une association agissant au nom d'une entreprise ou de plusieurs entreprises de la Communauté », de déposer une plainte contre un obstacle au commerce quand celui-ci a un effet sur le marché d'un pays tiers⁶⁵³. Le requérant privé doit dans ce cas démontrer que l'obstacle au commerce a des « effets commerciaux défavorables » sur lui.

⁶⁵¹ CE, *Règlement 3286/94 du Conseil, du 22 décembre 1994, arrêtant des procédures communautaires en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par la Communauté des droits qui lui sont conférés pas les règles du commerce international, en particulier celles instituées sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), (1994) JOCEL, 349/71, art. 1 et 12(2) (ci-après *Règlement 3286/94*). Voir généralement MACLEAN (R. M.), VOLPI (B.), *EU Trade Barrier Regulation : Tackling Unfair Foreign Trade Practices*, Bembridge, Palladian Law, 2000, 215 p.*

⁶⁵² « Le présent règlement établit les procédures communautaires dans le domaine de la politique commerciale commune qui doivent permettre à la Communauté d'exercer les droits que lui reconnaissent les règles commerciales internationales, en particulier celles édictées par l'Organisation mondiale du commerce et, sous réserve du respect des obligations et procédures internationales existantes » afin de réagir de manière optimale aux obstacles au commerce. *Règlement 3286/94, ibid.* art. 1.

⁶⁵³ *Règlement 3286/94*, art. 4. Une « entreprise communautaire » est une « société constituée en conformité avec la législation d'un État membre et ayant son siège statutaire, son administration centrale ou son principal

En effet, le recours privé d'intérêt collectif du NIPC est maintenu, dans le cas où l'obstacle au commerce visé par la plainte a un effet sur le marché communautaire. L'individu doit ici toujours démontrer le préjudice subi par une industrie communautaire dans son ensemble. Le concept d'effets commerciaux défavorables est beaucoup moins difficile à prouver que celui du ROC à savoir « le concept de préjudice à une industrie communautaire ». Nous en déduisons que le recours privé individualisé était plus facile à l'époque du NIPC⁶⁵⁴, bien que les effets, selon le ROC, doivent avoir un impact dépassant la partie plaignante. Cependant, on trouve une restriction du recours privé individuel par rapport au recours privé collectif. En effet, l'acteur privé ne peut pas viser les obstacles au commerce posés en contravention à un accord commercial bilatéral, en raison du caractère plus délicat des relations diplomatiques bilatérales dans l'esprit du législateur communautaire, ce qui les rendrait moins enclines à la juridicité⁶⁵⁵.

Le processus du ROC suit les mêmes lignes que celui du NIPC. La Communauté européenne doit aussi décider si la plainte est admissible ou non, selon la suffisance des preuves et l'intérêt de la Communauté⁶⁵⁶. En cas de refus d'ouvrir une enquête, celui-ci doit être communiqué au plaignant privé. Au contraire, l'avis d'ouverture d'une enquête doit être publié au *Journal officiel des Communautés européennes*. Tout au long de la procédure communautaire les autres acteurs privés intéressés possèdent le droit de prendre connaissance des renseignements regroupés par la Commission et d'être entendues par celle-ci⁶⁵⁷. L'enquête interne à la Communauté européenne prend sa place avant le recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC, alors qu'elle se déroule en parallèle avec l'enquête internationale dans le mécanisme interne américain, et que cette enquête internationale doit être utilisée jusqu'au bout pour imposer à la fin, si nécessaire, des contre-mesures

établissement dans la Communauté [et qui est] directement concernée par la production de bien ou la fourniture de services faisant l'objet de l'obstacle au commerce ».

⁶⁵⁴ Les effets commerciaux défavorables sont considérés comme ne pouvant pas uniquement se faire sentir sur la acteur privé plaignant, puisqu'ils sont les effets « qu'un obstacle au commerce entraîne ou risque d'entraîner en relation avec un produit ou un service, pour les entreprises communautaires sur le marché d'un pays tiers et qui ont un impact important sur l'économie de la Communauté ou d'une région ou d'un secteur d'activité économique de la Communauté », et que le « fait que le plaignant soit victime d'effets défavorables n'est pas considéré comme suffisant en soit pour justifier l'engagement d'une action par les institutions de la Communauté ». (*Règlement 3286/94*, art. 2.4).

⁶⁵⁵ *Règlement 3286/94*, art. 4(1). Cette limitation du recours privé individuel aux accords commerciaux multilatéraux et plurilatéraux aurait été le prix à payer pour sa création lors des tractations politiques inhérentes au processus décisionnel communautaire. Marco Bronckers et Natalie McNelis plaident pour l'abolition de cette restriction, en raison du grand nombre d'accords bilatéraux conclus par la Communauté européenne et de l'insuffisance de leurs mécanismes de règlement des différends, particulièrement dans le contexte de l'élargissement de l'Union européenne. (BRONCKERS et MCNELIS, *op.cit.*, pp. 434-436 et 440).

⁶⁵⁶ *Règlement 3286/94*, art. 5(3) et (4) et 8(1).

⁶⁵⁷ *Ibid.* art. 8(4), (5) et (6).

économiques. Les acteurs privés ne possèdent plus le droit processuel à partir de la phase internationale, ils ne peuvent donc plus demander formellement l'imposition de contre-mesures⁶⁵⁸.

Cependant, la formalisation des traitements des plaintes des opérateurs privés ne fait pas seulement qu'encadrer la procédure précontentieuse, elle dépasse également celle-ci pour organiser l'ensemble du processus judiciaire communautaire de la manière la plus optimale (B).

B - Le processus judiciaire du traitement des plaintes des acteurs privés

Les décisions prises par la Commission européenne dans le cadre du ROC subissent le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes, conformément au droit communautaire, ce qui ouvre une perspective nouvelle sur les mécanismes internes de traitement des plaintes privées. Un seul précédent existe et date du NIPC, mais il semble qu'il fasse toujours autorité même si la solution à laquelle la Cour est arrivée demeure controversée⁶⁵⁹. Dans cette affaire (Fediol)⁶⁶⁰, la solution proposée par le juge du Luxembourg a créé une polémique doctrinale. D'après les faits, une association de producteurs de la communauté européenne a exercé un recours en annulation devant la cour de justice pour contester une décision communautaire qui refusait d'ouvrir une enquête au titre du NIPC. Le juge communautaire était confronté à un problème juridique délicat, celui de la possibilité d'invoquer les accords de l'OMC, qui ne jouissent néanmoins pas de l'effet direct lors de l'examen de la plainte privée. La cour de Luxembourg a accepté l'invocabilité des accords de l'OMC, ce qui ouvre la porte à une juridicisation croissante des relations commerciales internationales. Des craintes sont exprimées par plusieurs auteurs qui

⁶⁵⁸ On peut noter que la reconnaissance du droit des acteurs privés de participer aux procédures des l'OMC à titre d'*amicus curiae* peut être le remède à la lacune du mécanisme interne européen en cas d'insatisfaction de la personne privée quand au traitement de sa plainte. Ceci nous montre la diversité des modes d'intervention des opérateurs privés dans le règlement des différends internationaux économiques.

⁶⁵⁹ BRONCKERS (M.), MCNELIS (N.), « The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age », *op. cit.*, pp .448-451.

⁶⁶⁰ CJCE, arrêt, 22/06/1989, aff. C-70/97, Fediol.

s'inquiètent de l'immixtion du juge dans le système commercial multilatéral, qui est par nature plus politique que juridique.

En effet, la grande majorité des plaintes portées par la Communauté européenne à l'OMC ne vient pas, comme aux États-Unis, du mécanisme interne de traitement des plaintes privées. Ceci nous montre l'importance du canal diplomatique pour remplacer les plaintes privées concernant l'application des accords de l'OMC. Toutefois et malgré la présence d'un mécanisme interne clair⁶⁶¹, les États membres de la Communauté européenne n'ont jamais utilisé le ROC ni invoqué le NIPC⁶⁶². En pratique, seul le nouveau recours concernant les obstacles au commerce ayant des effets sur le marché d'un pays tiers est utilisé par les opérateurs privés, ce qui nous montre que cette distinction selon la localisation des effets de l'obstacle au commerce n'est pas réellement déterminante⁶⁶³. La pratique nous montre aussi que la grande majorité de ces recours ont été exercés par les associations professionnelles représentant les intérêts collectifs d'une industrie communautaire bien que la principale innovation soit son caractère individualisé⁶⁶⁴. Nous pouvons en déduire que pour porter leurs réclamations auprès de la Commission européenne, les opérateurs privés préfèrent recourir à leurs associations professionnelles, ne pensant pas avoir assez de poids dans le jeu des relations commerciales internationales. Ces grandes sociétés, probablement multinationales, disposent des ressources suffisantes pour poursuivre la défense des intérêts de ces opérateurs privés dans le mécanisme interne de traitement des plaintes privées.

Nous pouvons souligner que malgré l'utilisation faible du ROC par les acteurs privés, sa pertinence n'est jamais remise en question. Un certain temps est néanmoins nécessaire pour qu'il gagne en popularité auprès des entreprises et des industries de la Communauté. Elles prendront conscience de ses avantages par rapport au canal diplomatique ordinaire en ce qui concerne la possibilité de contourner la résistance des États membres, notamment après le renforcement croissant du pouvoir de la Commission européenne dans le mécanisme interne

⁶⁶¹ Entre son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995 et le 1^{er} juin 2005, 24 enquêtes ont été ouvertes au titre du ROC suites à une plainte privée, dont 23 mettaient en cause les accords de l'OMC. La Communauté européenne a déposé aussi 68 plaintes à l'OMC dans cette période. VAN EEKHAUTE J. C., « Private Complaints against Foreign Unfair Trade Practices The EC's Trade Barriers Regulation », *JWT*, vol. 33, 1999, p. 205.

⁶⁶² BRONCKERS (M.), MCNELIS (N.), « The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age », *op. cit.*, p. 429.

⁶⁶³ Voir CE, Commission européenne, *Programme brésilien de financement des exportations « PROEX »*, avis d'ouverture, 1999, *JOCE*. C 108/33 ; CE Commission européenne, *Interdiction maintenue pas le Chili de décharger les captures d'espadons dans les ports chiliens*, décision, 2000, *JOCE*. C 96/67.

⁶⁶⁴ Seuls deux plaintes ont été déposées par des entreprises communautaires elles-mêmes. Voir *Programme brésilien de financement des exportations « PROEX »*, avis d'ouverture, (Plainte de Volkswagen AG) ; CE, Commission européenne, *Pratique maintenues pas la Colombie dans le cadre de l'importation de véhicules automobiles*, avis d'ouverture, 2000, *JOCE*. C 236/4 (Plainte de Dornier Luftfahrt GmbH).

européen. Néanmoins, l'État de l'acteur privé alléguant les mesures en cause doit formaliser le traitement des plaintes privées concernant le système commercial multilatéral, ce qui demeure l'exception car la règle qui existait était souvent l'absence de formalisation.

En effet, le potentiel inexploré des mécanismes nationaux est qu'ils permettent aux membres de l'OMC, notamment aux pays en développement, d'améliorer leur capacité d'utiliser le système de règlement des différends⁶⁶⁵. De plus, ces mécanismes internes aideraient les membres de l'OMC à mieux saisir les opportunités commerciales présentes dans les accords de l'OMC. Les autres acteurs privés ayant des intérêts indirects dans ces différends, autres que des intérêts économiques, sont également bénéficiaires de ces mécanismes nationaux. Il est devenu possible de lutter pour la promotion de modes de consommation durable dans l'interprétation des accords de l'OMC, ce qui contribue à élargir le débat au plan national et introduire d'autres perspectives, voire même améliorer la transparence et l'ouverture ainsi que la démocratie.

Les mécanismes nationaux existants ont permis aux acteurs privés de faire connaître leurs vues, au moment de l'examen de la demande d'ouverture d'une enquête formelle, puis au cours de l'enquête formelle sur l'opportunité de porter plainte à l'OMC, ainsi que sur l'imposition des contre-mesures économiques. Les arguments des acteurs privés peuvent également être pris en considération au stade de l'avis motivé que les autorités gouvernementales doivent rendre sur l'ouverture d'une enquête, sa conclusion, ou sur l'imposition de contre-mesures économiques. L'exploitation des mécanismes nationaux contribue donc également à identifier et dégager de manière plus visible les questions juridiques et à améliorer la profondeur et la portée des débats une fois qu'ils seront rendus dans l'enceinte de l'OMC⁶⁶⁶.

Les expériences américaines et européennes de formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des acteurs privés reflétaient un développement notable concernant la situation de l'acteur privé dans le règlement des différends commerciaux internationaux. Une invocabilité concernant les différends nationaux visant à mettre en cause la responsabilité

⁶⁶⁵ WALSH (T. W.), « Dispute Settlement at the World Trade Organization: Do Municipal Laws Promoting Private Party Identification of Trade Disputes Affect State Participation? », *Journal of World Trade*, 2006, vol. 40, n° 5, pp. 889-908.

⁶⁶⁶ CÔTÉ (C. E.), « Obstacles et ouvertures processuelles pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC », *Cahiers de Droit*, vol. 50, n° 1, 2009, p. 243 et p.244.

interne de l'État souverain sera aussi un autre pas nécessaire pour consolider le recours direct par les acteurs non étatiques aux tribunaux internes, (Section II).

Section II - L'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne

La place occupée par la Communauté Européenne au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce est importante mais ambiguë. Malgré le fait qu'elle n'était pas partie aux accords du GATT, la Communauté est devenue une partie essentielle de l'OMC lors de sa création en 1994 et dispose d'un nombre de voix conséquent. Il est important de connaître les différentes dimensions des relations entre l'Union Européenne et l'OMC, ainsi que la question de savoir si les accords de l'OMC jouissent d'un effet direct « *self executing* » dans la relation internationale-européenne.

Le traité CE a notamment instauré le principe de l'effet direct dans l'ordre juridique interne de ses États membres. Cet effet se traduit notamment par l'application directe de ses dispositions mais également la possible invocation de celles-ci par les opérateurs privés devant leurs juridictions internes. Cette invocation a pour but de faire cesser les dispositions nationales incompatibles avec le Droit Européen par le recours au principe de la primauté du droit communautaire⁶⁶⁷. Ce mécanisme permet aux opérateurs privés d'assurer le respect par les États membres de leurs obligations communautaires. Elles peuvent également porter plainte contre leur État de nationalité⁶⁶⁸.

Cette possibilité d'invocabilité concerne les différends nationaux car elle vise à mettre en cause la responsabilité interne de l'État souverain. De plus, l'effet direct du traité CE rend ces dispositions directement applicables et invocables par les individus devant leurs juridictions nationales. Offrir la possibilité d'invocabilité des accords de l'OMC aux acteurs privés constituerait un recours juridique supplémentaire mis à leur disposition afin d'élargir et de consolider leur position dans le jeu commercial international.

⁶⁶⁷ Le principe de primauté implique une valeur supérieure du droit européen par rapport aux droits nationaux des États membres. Le principe de primauté vaut pour tous les actes européens disposant d'une force obligatoire. Les États membres ne peuvent pas appliquer une règle nationale qui serait contraire au droit européen.

⁶⁶⁸ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 462.

Cette possibilité d'invoquer devant les juridictions internes les traités conclus dans le cadre de l'OMC n'a pas été reconnue facilement et de façon hétérogène (Paragraphe I). Cependant, les droits nationaux ont évolué vers un certain assouplissement dans ce domaine (Paragraphe II).

Paragraphe I - Une invocabilité complexe des traités en droit interne

L'applicabilité du concept de l'invocabilité des traités entre-étatiques est délicate, voire même compliquée. Plusieurs approches concernant cette application ont eu place mais ils diffèrent selon l'État ou les courants de la doctrine (A). Étant soumise à plusieurs conditions au stade international et national, l'application unique et souple de ce concept dans tous les pays n'est pas évidente (B).

A - L'état du droit concernant l'invocabilité des accords de l'OMC

L'invocabilité⁶⁶⁹ directe des traités en droit interne signifie la possibilité pour les acteurs privés d'invoquer ces dispositions comme source du droit positif devant les juridictions internes d'un État, sans qu'aucun acte de transposition ne soit nécessaire⁶⁷⁰.

À cela s'ajoute le principe de primauté du droit international dans l'ordre juridique interne, par lequel les mesures nationales incompatibles avec les dispositions internationales peuvent être écartées par les tribunaux nationaux, ceci comportant une obligation de réparation des dommages réalisés. À ce stade, si une personne conteste la compatibilité de la mesure d'un

⁶⁶⁹ L'invocabilité, dans l'ordre juridique européen, signifie la possibilité de se prévaloir en tant que particulier ou qu'État membre, d'une norme d'un autre ordre juridique devant la CJUE ou devant un tribunal national d'un État membre.

⁶⁷⁰ JACKSON (J. H.), « Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis », 1992, vol. 86, *AJIL*, p. 310.

État avec un traité international, ce différend n'est pas considéré comme un différend international mais plutôt interne car il appartient aux juridictions de l'État de statuer sur celui-ci.

Il est nécessaire de différencier les concepts d'effet direct ou d'applicabilité directe et celui d'invocabilité directe. Le concept d'invocabilité est en effet plus englobant que les deux autres ; il permet de viser les traités qui, même non applicables dans l'ordre juridique interne d'un État, sont néanmoins invocables dans le cadre du contrôle judiciaire des actes de l'administration⁶⁷¹. Ainsi, dans certaines circonstances, les traités peuvent être invoqués en tant que source interprétative du droit interne.

Dans l'affaire de la Compétence des Tribunaux de Dantzig⁶⁷², la Cour Permanente de Justice Internationale énonce les conditions juridiques de l'invocabilité des traités. Elle requiert en effet une condition juridique internationale subjective, c'est-à-dire que le traité prévoit ou non, explicitement ou non, la possibilité ou la prohibition d'une application directe de ses dispositions en droit interne. « Le texte et la teneur générale du (Traité) montrent que les dispositions de cet acte sont directement applicables entre les fonctionnaires et l'Administration »⁶⁷³. De plus, afin que le traité puisse être invoqué par les acteurs privés, il doit être incorporé dans l'ordre juridique interne de l'État visé.

Il existe deux genres d'approches concernant la question de l'invocabilité. Une première approche, celle dite moniste, considère que le traité est automatiquement incorporé au droit interne lorsqu'il entre en vigueur. Cette approche implique une simultanéité entre l'entrée en vigueur du traité au plan international et son incorporation en droit interne. Une seconde approche dite dualiste considère elle que le traité conclu et entré en vigueur au plan international n'a aucun effet en droit interne, puisque les sphères internationales et nationales sont indépendantes l'une de l'autre. Cette approche met l'intervention du législateur au

⁶⁷¹ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p.463.

⁶⁷² Affaire de la Compétence des tribunaux de Dantzig, 1928, Avis consultatif, *CPJI, Séries B.*, n° 15 aux pp. 17-18. « Selon un principe de droit international bien établi, l'accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux L'intention des Parties - que l'on doit rechercher dans le contenu de l'Accord, en prenant en considération la manière dont l'Accord a été appliqué - est décisive ».

premier plan ; celle-ci est en effet nécessaire afin que le traité soit incorporé en droit interne⁶⁷⁴.

En droit communautaire, la création d'une juridiction supranationale, afin d'harmoniser le droit des États membres dans des domaines particuliers, a contribué à l'instauration de critères s'appliquant uniformément à tous les États membres de la Communauté Européenne⁶⁷⁵. Malgré cela, ceux-ci n'étant pas clairement articulés, le *Traité CE* a donc imposé aux États membres un caractère précis et inconditionnel d'identification des dispositions ayant un effet direct⁶⁷⁶.

Les États-Unis, quant à eux, ont mis en œuvre le concept de « *self-executing treaty* », développé par les tribunaux en référence aux traités pouvant être invoqués devant eux par les acteurs privés. Cependant un traité pourra être « *non self-executing* » s'il manifeste l'intention de ne pas produire d'effets directs dans l'ordre juridique interne des parties contractantes sans l'intervention du législateur si le Sénat ou le Congrès américain ont exigé une législation de mise en œuvre lors de la conclusion du traité, ou encore si une législation de mise en œuvre est constitutionnellement requise⁶⁷⁷.

Pour conclure, afin qu'un traité soit directement invocable dans l'ordre juridique interne d'un État et afin qu'il devienne une source de droit positif, il est indispensable qu'il soit incorporé dans l'ordre juridique interne de l'État et qu'il prime sur les autres normes internes. Il faut aussi interroger le cœur du traité afin de déterminer s'il exige ou permet son invocabilité ; cela permet également d'identifier lesquelles de ses dispositions sont susceptibles d'être appliquées directement. Les critères pour procéder à cette détermination sont en principe élaborés par la juridiction interne chargée d'appliquer le traité. Cette possible invocabilité nécessite plusieurs dispositions pour être appliquée, au niveau interne, voire même international (B).

⁶⁷⁴ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p.467.

⁶⁷⁵ L'arrêt rendu le 15 juillet 1964 dans l'affaire (Costa c/ Enel, affaire 6/64, Rec. 1141.) par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est l'une des bases de la jurisprudence du droit communautaire. Cet arrêt peut être considéré comme majeur, consacre le principe de la primauté du droit communautaire sur les législations nationales.

⁶⁷⁶ *Reyners c. Belgique* 1974, C-2/74, 1974 Rec. CJCE. 631.

⁶⁷⁷ VAZQUEZ (C. M.), « The Four Doctrine of Self-Executing Treaties », *AJIL*, vol. 89, 1995, p. 695.

B - Les conditions juridiques d'invocabilité

Suivant la jurisprudence de la Cour de justice de Communautés européennes, les accords de l'OMC ne peuvent être invoqués devant le juge communautaire que s'il contrôle la conformité du droit communautaire dérivé avec ses dispositions⁶⁷⁸. La portée de ce droit dans l'ordre juridique communautaire ou même dans les États membres de l'OMC doit être consolidée pour garantir la cohérence de la régulation du commerce international. Les conditions de l'invocabilité juridique des accords de l'OMC sont multiples, au niveau international (1), voire même au niveau interne des États (2).

1 - Les conditions juridiques internationales de l'invocabilité des accords de l'OMC

A priori, le traité doit prévoir, explicitement ou implicitement, la possibilité d'être invoqué par l'acteur privé en droit interne. Toutefois, les accords de l'OMC ne prévoient pas cette possibilité de l'invocabilité dans le corps des textes fondateurs. Au contraire du traité CE, ils ne contiennent aucune obligation implicite ou explicite prévoyant un effet direct à la charge de ses membres. « Ni le GATT ni l'Accord de l'OMC n'ont été interprétés jusqu'à présent par les organes du GATT/ de l'OMC comme un ordre juridique déployant des effets directs. Ainsi, le GATT / l'OMC n'ont pas créé un nouvel ordre juridique dont les sujets seraient à la fois « les parties contractantes ou les Membres et leurs ressortissants »⁶⁷⁹.

Il semblerait néanmoins que l'existence de l'ORD n'implique pas pour autant un monopole de règlement de ces litiges de manière interétatique. En effet, le principe d'exclusivité ne s'applique que lors des règlements des différends commerciaux internationaux et non à l'invocabilité des traités en droit interne. L'inexécution du droit international en droit interne n'implique pas la responsabilité internationale de l'État, mais plutôt sa responsabilité

⁶⁷⁸ LAGET-ANNAMAYER (A.), « Le statut des accords de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 42, n° 2, p. 249.

⁶⁷⁹ États-Unis-Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur, (*Plaintes des Communautés européennes*), 1999, OMC Doc. WT/DS152/R au paragr. 7.72 (Rapport du groupe spécial).

interne⁶⁸⁰. L'État ne peut pas non plus invoquer des dispositions de son droit interne afin de justifier la non exécution d'un traité international.

Selon plusieurs doctrines et arrêts, rien au niveau international n'empêche l'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne des États membres⁶⁸¹. Les dispositions de ces accords sont précises et envisagent la reconnaissance de l'effet direct par les tribunaux nationaux. Par exemple, on a fait grand état du caractère achevé des dispositions contenues dans l'AGCS⁶⁸² et l'Accord sur les ADPIC⁶⁸³, mais plus largement de la juridicité certaine des accords de l'OMC, comparé au GATT de 1947, pour affirmer que la plupart de leurs dispositions pourraient désormais jouir de l'effet direct.

Dominique Carreau et Patrick Juillard estiment que les articles I et III du GATT de 1994 ne remplissaient pas toujours les critères de l'effet direct du droit communautaire car ils visaient les produits plutôt que les personnes. Par contre, ils estiment que l'AGCS et l'Accord sur les ADPIC devraient jouir de l'effet direct, étant donné que leurs dispositions visent explicitement les opérateurs privés. Cette argumentation basée sur le destinataire des obligations des accords de l'OMC n'est pas totalement convaincante, puisque la Cour de justice des Communautés européennes elle-même a souligné que le fait que les États soient soumis à une obligation de ne pas faire ne signifiait pas que les opérateurs privés pouvaient en bénéficier⁶⁸⁴.

Après avoir examiné les conditions internationales de l'invocabilité juridique des accords de l'OMC, il nous semble indispensable de se pencher sur les conditions de l'invocabilité, toutes aussi importantes, au niveau interne des États (2).

⁶⁸⁰ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 469.

⁶⁸¹ MILLER (M.), « The TRIPS Agreement and Direct Effect in European Community Law: You Can Look... But Can You Touch? », *Notre Dame L. Rev.* vol. 74, n° 59, 1999, pp. 619-620.

⁶⁸² L'Accord général sur le commerce des services (AGCS, ou *GATS* en anglais pour *General Agreement on Trade in Services*) constitue l'annexe 1B de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce de 1994.

⁶⁸³ L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, en anglais, *Agreement on trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS*) est un texte annexé à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce.

⁶⁸⁴ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, LGDI, Paris, 1990, pp. 231-237.

2 - Les conditions juridiques internes de l'invocabilité des accords de l'OMC

Un grand nombre des parties contractantes des accords du GATT puis de l'OMC ont eu tendance à refuser son effet direct dans leurs systèmes juridiques internes en raison de sa « juridicité douteuse et du caractère relatif et conditionnel de ses dispositions »⁶⁸⁵.

En 1972, dans l'arrêt *International Fruit Company*⁶⁸⁶, la Cour de Justice des Communautés Européennes, malgré l'habitude de reconnaître ce concept, a jugé les dispositions du GATT très souples donc ne pouvant jouir de l'effet direct. Cette jurisprudence a été étendue aux États membres, qui n'ont pas pu invoquer le GATT dans l'ordre juridique communautaire. Cette jurisprudence a grandement influencé la plupart des États membres à l'exception de l'Italie et des États-Unis. De plus, elle a subsisté même après une plus grande juridicité des dispositions des accords OMC. La Cour a pointé dans l'arrêt *Portugal / Conseil*, sans expliquer clairement les raisons⁶⁸⁷, un déséquilibre lors de l'application des règles de l'OMC si l'effet direct était reconnu dans la Communauté européenne tandis que les autres membres de l'OMC le refusaient, ce qui influencerait à la réciprocité des avantages mutuels des membres de l'OMC.

La position du législateur communautaire a consolidé celle de la Cour de justice des Communautés européenne concernant les accords de l'OMC, notamment quand il a montré son intention explicite soulignant que « par sa nature, l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, y compris ses annexes, n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires et des États membres »⁶⁸⁸. La question de l'effet direct a été aussi minimisée chez un nombre important d'autres membres de l'OMC par le législateur. Il s'est en effet adapté aux spécificités de leur droit constitutionnel à l'égard des relations entre l'ordre juridique international et leur ordre juridique interne.

Au Canada, par exemple, l'intervention législative est indispensable afin qu'un traité soit incorporé au droit interne et devienne une source de droit positif⁶⁸⁹. Le législateur Canadien a

⁶⁸⁵ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 471.

⁶⁸⁶ *International Fruit Company / Produktschap voor Groenten en Fruit*, C-21 à 24/72, (1972) *Rec. CJCE*. 1219 aux paragr. 20-21, 26 et 27.

⁶⁸⁷ *Portugal c. Conseil*, C-149/96, (1999), *Rec. CJCE*. I-8425, paragr. 40-41 et 47.

⁶⁸⁸ CE, *Décision 94/800 du Conseil*, du 22 décembre 1994.

⁶⁸⁹ *Canada (P. G.), c. Ontario (P. G.)*, (1937) A.C, p. 347.

adoptée une loi afin de mettre en œuvre l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce et afin d'instaurer des modifications législatives pour se conformer aux obligations internationales. Pourtant, malgré les tentatives des opérateurs privés, les tribunaux n'ont pas admis que cette loi ait pour effet d'incorporer les accords de l'OMC au droit canadien. La justification des tribunaux était qu'une intention claire est nécessaire pour l'incorporation législative⁶⁹⁰. Cette loi prévoit aussi que le « droit de poursuite, relativement aux droits et obligations uniquement fondés sur (les accords de l'OMC), ne peut être exercé qu'avec le consentement du procureur général du Canada ». Nous pouvons constater que la loi applique une mesure de sûreté additionnelle empêchant les tentatives judiciaires de reconnaître l'effet direct des accords.

Compte tenu du fait que les accords de l'OMC ne sont pas incorporés dans l'ordre juridique interne canadien, les acteurs privés n'auront donc pas la possibilité de les invoquer à titre de source de droit positif et les tribunaux ne peuvent pas non plus examiner leurs dispositions afin de déterminer si elles jouissent de l'effet direct⁶⁹¹. De plus, la question de la primauté des accords de l'OMC sur le droit canadien est aussi un obstacle à l'application du concept. Les accords de l'OMC n'ont que la valeur normative de leur loi d'incorporation, qui est inférieure aux lois fédérales postérieures et à la Constitution du Canada. Il est donc indispensable de prévoir la primauté des accords de l'OMC sur les futures lois fédérales et de modifier la Constitution canadienne, ce qui nous semble loin d'être achevé.

Le cas des États-Unis doit être distingué : la constitution permet aux « *self-executing treaties* » d'être invoqués devant les tribunaux américains autorisant l'invocabilité des accords commerciaux internationaux. Pourtant, la loi américaine de mise en œuvre des accords de l'OMC « *Uruguay Round Agreements Act* »⁶⁹² a ôté la possibilité de leur invocation par les acteurs privés, mêmes si les tribunaux ont affirmé qu'ils sont « *self executing* ». En effet, le gouvernement fédéral garantissait le droit d'invoquer les accords de l'OMC devant les tribunaux américains rendant plus claire l'intention du législateur de montrer qu'ils sont incorporés au sein du droit américain dès leur conclusion. Toutefois, la loi de mise en œuvre précise que les accords de l'OMC ne priment pas sur le droit fédéral qui est

⁶⁹⁰ U. L. Canada inc. C. Québec (P. G.), (1999) *RJQ*. 1720 au paragr. 87.

⁶⁹¹ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 475.

⁶⁹² Uruguay Round Agreements Act, 19 USC § 3521 (c), (1) (2000).

incompatible. Pourtant, les règles constitutionnelles normales auraient voulu qu'ils priment sur les lois fédérales antérieures⁶⁹³.

Au regard de ces exemples, nous avons constaté des différences juridiques importantes quant au sujet de l'effet direct. La politique de la plupart des membres de l'OMC se distingue de celle de la Communauté européenne qui met l'accent sur l'intégration économique et politique plus que sur le développement du concept de l'effet direct. Certains développements textuels sembleraient nécessaires afin d'élargir le droit des acteurs privés de porter plainte devant l'OMC. Dans une moindre mesure et de façon générale, il faut néanmoins souligner que le refus de reconnaître l'invocabilité des accords de l'OMC a subi un certain assouplissement (Paragraphe II).

Paragraphe II - Un possible assouplissement du refus traditionnel de l'invocabilité des accords de l'OMC

Au refus traditionnel de reconnaissance d'un effet direct aux accords de l'OMC semble se substituer l'apparition balbutiante de nouveaux mécanisme, notamment traduit par des principes « d'application conforme » développé par la CJCE. Traduisant une forme d'assouplissement de la part de certains États membres de l'OMC et des Institutions Européennes (A), ces principes donnent au requérant privé la possibilité de demander à ce que des actes soient interprétés de manière conforme aux traités conclus par la Communauté européenne ou encore les États-Unis lorsque plusieurs interprétations sont possibles. Ce principe a ainsi pu être appliqué aux accords de l'OMC, se traduisant par ce que certains appellent une « invocabilité minimale », ce qui aide à harmoniser ces accords avec le droit interne⁶⁹⁴. Ainsi, si des réticences théoriques persistent, il est possible de constater un assouplissement progressif, notamment de la part des Institutions Européennes (B).

⁶⁹³ *Ibid.* §3512(a)(1).

⁶⁹⁴ COTTIER (T.), SCHEFER (K. N.), « The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law », *JIEL*, 1998, vol. 83, p. 89.

A - Un assouplissement limité de la part des Institutions Européennes et de certains États membres de l'OMC

Au Canada, les tribunaux « ont dégagé le principe d'interprétation des lois voulant que, en présence d'une ambiguïté quant au sens à donner à une disposition législative, le juge devait choisir celle qui était la moins incompatible avec les traités conclus par le Canada et non incorporés dans son droit interne »⁶⁹⁵. Cette règle interprétative signifie que le législateur fédéral ne doit, sauf à titre implicite, pas s'opposer aux engagements internationaux du Canada.

Aux États-Unis, le même principe d'interprétation législative du droit international s'applique, mais des questions émergent sur les effets de la loi de mise en œuvre des accords de l'OMC sur celui-ci. Par exemple, l'écartement du droit international est possible en cas d'interdiction de l'invocation des accords de l'OMC devant les tribunaux américains⁶⁹⁶.

Dans l'Affaire *Nakajima All Precision Co*, la CJCE a différencié l'effet direct de l'invocabilité des traités ce qui a également permis un assouplissement de ce refus. En effet, les accords de l'OMC sont dorénavant invocables lors d'un contrôle juridictionnel des actes communautaires, notamment quand la communauté a donné exécution à une obligation particulière assumée dans le cadre de ces accords⁶⁹⁷. Certains auteurs ont qualifié cela de reconnaissance de « l'effet indirect » des accords de l'OMC⁶⁹⁸.

Cependant, tout en reconnaissant l'existence du litige en cours auprès de l'ORD, la cour américaine n'a pas accepté de modifier la portée de la loi pour respecter les accords internationaux. La cour choisit d'interpréter la loi en se basant sur la jurisprudence, bien

⁶⁹⁵ BRUNNEE (J.), TOOPE (S. J.), « A Hesitating Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts », *ACDI*, 2002, vol. 40, n° 3, pp. 32-42. Ces auteurs ont critiqué les incohérences de la jurisprudence dans l'application récente du principe d'interprétation conforme. Pour eux, l'élément déterminant pour l'application de ce principe auprès des tribunaux canadiens devrait être le caractère internationalement obligatoire ou non du traité pour le Canada. Les traités liant le Canada, mais non incorporés, rendraient obligatoire l'application du principe de l'interprétation conforme, tandis que ceux ne le liant pas permettraient l'application de la version alléger du principe vu dans l'arrêt Baker.

⁶⁹⁶ COTTIER (T.), SCHEFER (K. N.), « The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law », *op. cit.*, p. 88.

⁶⁹⁷ *Nakajima All Precision Co. / Conseil*, C-69/89, (1991) *Rec. CJCE*. I-2169 aux paragr. 28-32.

⁶⁹⁸ RUTTLEY (P.), « The Effect of WTO Agreements in EC Law », in RUTTLEY (P.), MACVAY (I.) et GEORGE (C.) dir., *The WTO and International Trade Regulation*, Londres, Cameron, 1998, p. 147.

qu'elle soit contraire aux engagements internationaux. Par conséquent, à l'instar de la CJCE, la juridiction américaine applique le principe de non-invocabilité⁶⁹⁹ même si il ne reconnaît pas l'exception propre au code anti-dumping du GATT reconnu dans l'affaire Nakajima⁷⁰⁰. Bien que les accords du GATT en jeu ici obligent la mise en place des mesures indispensables à l'applicabilité des mesures anti-dumping, les États-Unis ne s'estiment pas concernés. La loi de 1916, contraire aux règlements anti-dumping de l'OMC reste cependant valable. En effet, même si les États-Unis et la CJCE appliquent le même standard de non-invocabilité des normes de l'OMC, les premiers sont toutefois plus sévères dans leur application du principe, en refusant toujours l'application de l'exception Nakajima.

La question se pose de savoir si les décisions de l'ORD sont invocables après l'expiration du délai raisonnable pour leur exécution pour un recours privé en indemnité contre la Communauté. De plus, malgré le fait que le droit fédéral américain prime sur les accords de l'OMC, le gouvernement fédéral américain ne dispose pas du pouvoir d'invoquer les accords de l'OMC à l'encontre du droit des États fédérés⁷⁰¹.

Un assouplissement difficile peut être constaté sur le continent américain ; néanmoins il apparaît que les États de ce continent ne sont pas les seuls réticents face à cet assouplissement ; les Institutions Européennes le sont également. Toutefois, nous relevons de la part de ces dernières un assouplissement plus important quant à cette interprétation (B).

⁶⁹⁹ Portugal c. Conseil, C-149/96, (1999), *Rec. CJCE*. I-8425.

⁷⁰⁰ La Cour a reconnu dans le célèbre arrêt Nakajima en 1989, qu'un requérant individuel pouvait invoquer la contrariété d'un règlement de dumping par rapport au code antidumping du GATT, et ce, car le code a été incorporé à un règlement communautaire.

⁷⁰¹ DI GIANNI (F.), ANTONINI (R.), « DSB Decisions and Direct Effect of WTO Law: Should the EC courts be More Flexible when the Flexibility of the WTO System has Come to an End », *Journal of World Trade*, 2006, vol. 40, n° 4, pp. 790-793.

B - Un assouplissement progressif de la part des Institutions Européennes

Les décisions de l'Organe de règlement des différends obligent de manière juridiquement contraignante le membre de l'OMC à cesser ses abus. Le fait de reconnaître l'invocabilité de ces décisions rend exécutoire en droit interne l'obligation de cessation du membre internationalement responsable, ce qui sert à éviter le recours aux contre-mesures économiques qui ne sont pas toujours efficaces⁷⁰². Le fait de reconnaître l'effet direct à ce stade du différend commercial international serait moins problématique en ce qui concerne le caractère relatif des obligations des membres de l'OMC et le rôle important des États au regard de la finalité transcendante du système visant à contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationale.

Cette reconnaissance a été observée auprès de la Cour de justice des Communautés européennes dans les affaires *Biret*⁷⁰³. Dans ces affaires, des sociétés privées françaises spécialisées dans le négoce de produits agroalimentaires ont exercé un recours en indemnité à l'encontre de la Communauté européenne, lui réclamant des dommages suite à son refus de lever son bannissement de la viande aux hormones, et ce malgré la décision de l'ORD lui enjoignant de mettre sa mesure en conformité avec les accords de l'OMC. La Cour de justice a refusé la reconnaissance de la responsabilité interne de la Communauté dans ces circonstances ; malgré cela, son jugement n'a pas écarté la future reconnaissance de l'invocabilité des décisions de l'ORD dans l'ordre juridique communautaire et des conséquences indemnitaires qui pourraient en découler.

De fait, la Cour a rappelé⁷⁰⁴ dans un premier temps le principe selon lequel elle « ne saurait, sous peine de priver d'effet l'octroi d'un délai raisonnable pour se conformer aux recommandations ou décisions de l'ORD, prévu dans le cadre du système de règlement des différends mis en place par les accords OMC, exercer un contrôle de la légalité des actes communautaires en cause, en particulier dans le cadre d'un recours en indemnité introduit au titre de l'article 178 du traité ».

⁷⁰² CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 481.

⁷⁰³ *Biret International SA c. Conseil*, C-93/02, (2003) *Rec. CJCE*. I-10535 ; *Établissements Biret et Cie SA c. Conseil*, C-94/02, (2003) *Rec. CJCE*. I-10603.

⁷⁰⁴ *Biret International SA c. Conseil*, C-93/02, (2003) *Rec. CJCE*. I-10535, paragr. 63-64.

Puis, dans un second temps, le juge communautaire a timidement souligné que, « en l'espèce » la société étant en situation de liquidation judiciaire, elle ne pouvait avoir été lésée par le maintien en vigueur desdites dispositions dans la mesure où elle n'exerçait plus d'activité sur cette période. Ce faisant, les juges de Luxembourg ont pu statuer « sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur les éventuelles conséquences indemnitaires que pourrait avoir pour des particuliers l'inexécution par la Communauté d'une décision de l'ORD constatant l'incompatibilité d'un acte communautaire avec les règles de l'OMC », et de part là même rejeter la responsabilité de la Communauté « en tout état de cause ». En d'autres termes, la Cour a esquivé la question, préférant statuer sur des considérations de fait au lieu de trancher la question une fois pour toutes. Pour autant, celle-ci n'a pas non plus refermé la porte, laissant donc ouverte une potentielle indemnisation du dommage causé par le non-respect des décisions de l'ORD à l'issue du délai raisonnable impartit, ce qui semble démontrer une volonté de respecter le régime spécial de responsabilité internationale des membres de l'OMC.

La distinction conceptuelle entre l'effet direct des accords de l'OMC, d'une part, et l'invocabilité⁷⁰⁵ des décisions de l'ORD, d'autre part, a donc été reconnue, comme dans l'affaire Nakajima, par la Cour de justice des Communautés européennes dans les Affaires Biret.

Toutefois, même si certains ont cru que la CJCE changerait sa position, il n'en a pas été ainsi comme le déclare l'arrêt Portugal - Conseil. De fait, bien que la CJUE a reconnu la juridicisation du système, elle n'a pas trouvé de différence qualitative entre les systèmes du GATT et de l'OMC. Comme l'énonce le juge dans l'arrêt FIAMM⁷⁰⁶, « le juge communautaire ne peut pas procéder à un contrôle de la légalité du comportement des institutions communautaires au regard des règles de l'OMC ». Ainsi, un particulier ne détient pas un droit en vertu des accords de l'OMC, et même une décision de l'ORD ne peut pas obliger le membre de l'OMC en cause à reconnaître aux particuliers l'applicabilité directe des accords de l'OMC. La Cour est donc restée sur sa position de refus, malgré des critiques de plus en plus nombreuses.

⁷⁰⁵ LAGET-ANNAMAYER (A.), « Le statut des accords OMC dans l'ordre juridique communautaires : en attendant la consécration de l'invocabilité », *op. cit.*, p. 249.

⁷⁰⁶ CJUE, grande ch., 9 sept. 2008, C-120/06 P et C-121/06 P, FIAMM et FIAMM Technologies c/ Conseil et Commission

Dans l'arrêt *Van Parys*⁷⁰⁷, elle délimite néanmoins cet assouplissement qui ne permet pas systématiquement l'invocabilité des accords de l'OMC et définit un peu plus précisément les limites de cette possible invocabilité. Elle a refusé de reconnaître l'invocabilité des décisions de l'ORD, au motif qu'il est indispensable de ménager une marge de manœuvre diplomatique à la Communauté jusqu'à la résolution complète du différend au plan international et afin de préserver la réciprocité entre la dernière et ses partenaires commerciaux en ce qui concerne les effets juridiques des décisions de l'ORD. La Cour n'a pas souhaité étendre sa jurisprudence *Fediol*⁷⁰⁸ et *Nakajima* relative aux actes communautaires pour se conformer aux décisions de l'ORD.

L'exécution de l'obligation internationale de cessation est, malgré son apparence simple, difficile à appliquer, ce qui rend le différend international loin d'être résolu à ce stade. Nous en déduisons que l'invocation de ce différend devant les tribunaux internes du membre fautif reflète le développement du mécanisme interétatique de règlement des différends. L'invocabilité des accords de l'OMC dans le droit interne de ses membres est également une question complexe, délicate et peu traitée. La reconnaissance de cette invocabilité sert à régler la plupart des problèmes face aux acteurs privés dans le système actuel de règlement des différends au sein de l'OMC. Le recours direct par les acteurs privés aux tribunaux internes règle le problème du pouvoir discrétionnaire d'un membre de l'OMC. La seule limite matérielle de ce recours serait « la détermination judiciaire du caractère invocable ou non d'une disposition spécifique des accords »⁷⁰⁹.

La limitation des ressources étatiques ne serait pas un problème puisque le coût des recours interne serait payé entièrement par l'acteur privé plaignant. Par contre, la reconnaissance de l'invocabilité des accords de l'OMC risque de multiplier les recours privés, ce qui aurait pour conséquence d'alourdir, d'une façon ou d'une autre, les coûts supportés par le membre défendeur.

Comme tout opérateur privé jouit de la capacité juridique au niveau national, nous pourrions penser qu'en cas de litige ils iraient tous porter plainte au plan interne. Cela n'est pas vraiment le cas dans le cadre des différends mettant en cause les accords de l'OMC, car ils sont complexes, voire même polycentriques et pas forcément adaptés aux règlements

⁷⁰⁷ *Van Parys NV c. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (RIRB)*, C-377/02, [2005] *Rec. CJCE*. I-1456, parag. 42, 52-53.

⁷⁰⁸ CJCE, 22/06/1989, *Fediol c./ Commission*.

⁷⁰⁹ *CÔTÉ (C. E.)*, *op. cit.*, p. 485.

judiciaires. Les acteurs privés, impliqués dans un différend interne mettant en cause les accords de l'OMC, ne seront pas nécessairement informés, notamment quand ils sont à l'extérieur de l'État dans lequel les procédures se déroulent. D'un autre côté, les citoyens des États membres peuvent également croire que la perception des tribunaux étatiques est trop loin de l'intérêt transnational et plus proche de la branche exécutive de l'État.

L'invocabilité des accords de l'OMC répond cependant mieux au problème posé par l'affaiblissement du rôle de l'État dans le maintien de la paix et de la sécurité internationale, puisqu'elle lui retire le droit de moduler l'application des règles de l'OMC en fonction de ses considérations. Cette position, défendue par Ernst-Ulrich Petersmann⁷¹⁰, postule que l'application des accords de l'OMC est en soi un facteur contributif du maintien de: la sécurité, la paix internationale et la légitimité au niveau national et international. Or, selon nous, il s'agit plutôt de leur finalité, ainsi l'État apparaît-il toujours comme le mieux outillé pour assurer que la mise en œuvre des accords serve réellement cette fin.

En somme, les tentatives juridiques multiples au niveau national reflètent un positionnement plus efficace des acteurs privés dans le système de règlement des différends à l'OMC. Pourtant, le développement du système juridique et son orientation en faveur de l'intervention des acteurs non-étatiques diffèrent selon le pays. C'est pour cette raison et pour l'applicabilité difficile des concepts soutenant les acteurs privés, qu'on doute que leur rôle sera prochainement prometteur au niveau interétatique du règlement des différends.

Si les certains pays du continent européen et américain prennent de plus en plus en considération les revendications des acteurs privés, cette attitude se retrouve également au niveau des organisations internationales, de façon plus ou moins apparente (Chapitre II).

⁷¹⁰ Ernst-Ulrich Petersmann, professeur de droit international et européen à l'Institut universitaire européen (PETERSMANN E.U., *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, *op. cit.*, p. 73).

CHAPITRE II - Les perspectives comparatistes dans le cadre des organisations internationales

D'après M. Virally⁷¹¹, l'organisation internationale se définit comme « une association d'États établie par accord entre ses membres et dotée d'un appareil permanent d'organes assurant leur coopération dans la poursuite des intérêts communs qui les ont déterminés à s'associer ». Mais cette association peut présenter des caractéristiques variées qu'il est nécessaire de décliner : le nombre plus ou moins important d'États membres (organisations universelles et organisations régionales), l'étendue des compétences octroyées à l'organisation (organisations à compétences générales et organisations à compétences spécialisées), les méthodes de fonctionnement et la nature des pouvoirs de l'organisation (organisations de coopération et organisations d'intégration)⁷¹². Par ailleurs, les juridictions internationales et les institutions de règlement des différends se sont multipliées dès la fin du XXe siècle et ont pris plusieurs formes et structures ; une évaluation qui donne une plus value pour la stabilité et la pacification des relations internationales.

Afin de mieux comprendre la situation générale des acteurs privés à l'échelle internationale, il nous semble essentiel d'étudier d'autres types d'organisations et d'institutions juridiques que l'OMC ; soit au niveau européen (Section I), soit au niveau mondial (Section II).

Section I - Les recours privés dans le cadre de l'Union Européenne

La plus haute instance judiciaire de l'UE, la Cour de justice (CJUE), est responsable : d'interpréter la législation européenne de manière à assurer une application uniforme du droit dans tous les pays de l'UE, de contrôler la légalité des actes des institutions de l'Union européenne et de statuer sur le respect par les États membres des obligations qui découlent du droit de l'Union. Elle est composée d'une Cour (27 juges et 8 avocats généraux nommés par les gouvernements des États membres pour un mandat de six ans), d'un Tribunal de première

⁷¹¹VIRALLY, (M.), *L'organisation mondiale*, Paris: Armand Colin, 1972, p. 26.

⁷¹² www.universalis.fr/encyclopedie/organisations-internationales/2-typologie/

instance (27 juges) et d'un Tribunal de la fonction publique. Elle rend des arrêts sur les affaires qui sont soumises par les individus, entreprises, les États et les organisations selon les voies de recours qui leurs sont ouvertes⁷¹³.

À l'inverse de l'OMC, l'individu est avantagé auprès de l'Union Européenne, car il peut recourir directement à la Cour. Toutefois, cette possibilité de porter une plainte directement à la cour est dans certains cas restreinte, voire même fermée (Paragraphe I). Par ailleurs, dans une optique de limitation du risque contentieux, il est apparu nécessaire d'associer les acteurs privés à l'élaboration des normes (Paragraphe II).

Paragraphe I - L'ouverture aux individus de certaines voies de recours directes

À la différence de l'OMC où les recours ne sont pas accessibles aux acteurs privés, le système judiciaire de l'Union Européenne admet parfois l'action directe des individus. Cependant, le recours direct n'est pas absolu mais conditionné. Ainsi, il existe des catégories de recours qui sont fermées à l'action directe des individus (A), tandis que d'autres voies d'actions leurs sont ouvertes (B).

A - Les recours fermés à l'accès direct des individus

Il existe des voies de droit fermées aux doléances des acteurs privés. Ces voies de droit sont de facto réservées aux États membres et aux institutions communautaires. Il en est ainsi du recours en manquement. Pour autant, sans forcément parler de recours proprement dits, d'autres mécanismes ne sont pas directement accessibles aux acteurs privés, qui doivent passer par l'intermédiaire d'autres acteurs, comme par exemple une juridiction nationale dans le cas du renvoi préjudiciel.

⁷¹³ Article 19 du traité de l'UE.

1- Le recours en manquement

En cas de suspicion de violation par l'un des États membres d'un traité (non respect d'une règle de droit européen ; droit primaire, principes généraux du droit, droit dérivé, mesures d'exécution, adoption d'un acte, pratique administrative, décision d'un juge⁷¹⁴, maintien d'une règle contraire au droit européen), la Cour peut être saisie d'un recours en manquement en vertu des articles 258 à 260 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). La saisine se fait par la Commission ou par les États membres qui peuvent mettre en avant les manquements au droit de l'Union d'un autre État membre, bien que les cas de saisine par un État soient rares de part les conséquences diplomatiques qu'ils impliquent. Dans les deux cas, la Cour examine les moyens et arguments invoqués et rend ensuite une décision. Si la Cour reconnaît la responsabilité d'un État membre, il devra se conformer immédiatement à la décision sous peine de sanction⁷¹⁵.

En tant que gardienne des traités communautaires, la Commission peut décider d'intervenir en cas de violation du droit de l'Union par un des États membres. Il n'y a pas de limite de délai pour constater cette violation, tant que celle-ci existe. La Commission conserve un intérêt à agir au moment de la fin du comportement reproché⁷¹⁶. En cas de menace de violation ou de violation des traités, la Commission n'intervient pas automatiquement dans le processus judiciaire, mais peut chercher à obtenir une solution amiable par le biais de négociations. Premièrement, la Commission donne des recommandations ou des avis motivés afin d'attirer l'attention des États membres sur les infractions commises par un État et d'indiquer les mesures qui doivent être prises pour qu'il respecte ses engagements. Ceux-ci doivent être en mesure d'apporter contradictoirement leurs observations écrites et orales. Si l'avis n'est pas suivi par l'État en cause, la Commission peut déposer une plainte contre lui. En effet, l'avis motivé est la condition première de la recevabilité de ce recours devant la Cour de justice européenne⁷¹⁷. L'avis motivé est prévu même si c'est un État membre qui dépose un recours suite à la violation d'un traité par un autre État membre: dans ce cas, il doit saisir en premier lieu la Commission comme le prévoit l'article 259 du TFUE.

⁷¹⁴ CJ, 13/06/2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, Rec. 2006, p. I-5177.

⁷¹⁵ Arrêt du 4 juillet 2000, *Commission / Grèce* (C-387/97, Rec. p. I-5047) (cf. point 82). Arrêt du 4 juin 2009, *Commission / Grèce* (C-568/07, Rec. p. I-4505) (cf. point 51)

⁷¹⁶ CJ, 25/10/2007, *Commission/Irlande*, C-248/05, Rec. 2007, p. I-9261.

⁷¹⁷ MASSON (A.), NIHOUL (P.), *Droit de l'Union Européenne*, Bruxelles, Larcier, 3^e éd., 2011, p. 378.

Si la Cour de justice européenne décide par un arrêt qu'il y a eu une violation du droit de l'UE, l'État membre en cause doit prendre selon l'article 260.1 du TFUE les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour. Si un État membre ne suit pas l'arrêt de la cour de justice (ce qui peut être considéré comme un second manquement), une somme forfaitaire peut être imposée. Cette sanction est prononcée à l'issue d'un autre recours, le recours en manquement sur manquement, parfois qualifié aussi de double manquement, prévu à l'article 260.2 du TFUE. Aux termes de cet article, « Si la Commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour, elle peut saisir la Cour, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances ». Ainsi, la Commission doit donner à l'État visé l'occasion de présenter ses observations⁷¹⁸. Si la réponse est considérée comme insuffisante, la Commission déclenche la procédure devant la Cour et sollicite une ou plusieurs sanctions pécuniaires. Toutefois, la Cour n'est pas liée par la demande de la Commission⁷¹⁹ et elle peut choisir d'imposer une astreinte, une amende ou une combinaison des deux sanctions ensemble.

2 - Des recours non accessibles directement aux acteurs privés

Il convient de souligner le fait que ces recours en manquement sont fermés aux acteurs privés. Ainsi, en cas de violations du droit communautaire par un État membre, ceux-ci disposent de deux options : adresser une plainte à la Commission, ou saisir les juridictions nationales de l'État en cause. S'ils décident de s'adresser à la Commission, ils devront envoyer une plainte à celle-ci. Toutefois, la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour décider d'introduire ou non un recours devant les juridictions communautaires. Le pouvoir étant discrétionnaire, ni un recours en carence, ni un recours en annulation ne seront admis en cas de refus. En revanche, la Commission étant obligée d'informer le requérant du rejet éventuel de sa requête, un recours en carence pourra être intenté dans le seul cas où celle-ci ne préviendrait pas le requérant du rejet de sa requête⁷²⁰. Si l'acteur privé opte pour

⁷¹⁸ CJ, 10/09/2009, Commission/Portugal, C-457/07, Rec.2009. p. I-8091.

⁷¹⁹ CJ, 14/05/2006, Commission/France, C-177/04, Rec. 2006, p. I-2461.

⁷²⁰ MASSON (A.) et NIHOUL (P.), *Droit de l'Union Européenne, op. cit.*, 2011, p. 377.

une action devant les juridictions nationales de l'État membre, il pourra par la même occasion solliciter un renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice par la juridiction, ou invoquer une exception d'illégalité.

3 - Des autres modes de mise en œuvre internes du droit de l'Union

Les juridictions de chaque pays de l'UE doivent assurer une application correcte et uniforme de la législation européenne. Pourtant, un problème peut survenir lors de l'interprétation du droit européen, qui varie parfois d'un pays à l'autre. Un mécanisme a été institué afin de surpasser ce problème: le renvoi préjudiciel. Ainsi, en cas de doute sur l'interprétation ou la validité d'un acte législatif européen, il est possible de solliciter l'avis de la Cour de justice. Cette procédure est appelée « renvoi préjudiciel »⁷²¹. Les juridictions nationales peuvent ainsi poser des questions sur l'interprétation du droit de l'Union ou la validité de la jurisprudence communautaire. Le juge doit renvoyer une disposition pour interprétation lorsqu'elle est obscure et pose un important problème d'interprétation, mais surtout lorsque l'issue du litige dépend de l'application du droit communautaire. Dans l'attente de la réponse, la juridiction nationale sursoit ainsi à statuer. Si cette procédure n'est pas à proprement parler un recours, son importance dans la pratique impose sa prise en compte dans le cadre de cette étude. Il en est de même pour l'exception d'illégalité, au titre de laquelle un requérant peut demander au juge national d'écarter une règle de droit interne au motif qu'elle contreviendrait à une norme de droit notamment européen.

Si certaines voies d'action sont fermées aux acteurs privés, ou tout du moins à leur accès direct, il existe d'autres types de recours, contrairement à l'OMC, qui peuvent être intentés directement par les acteurs privés (B). Dans la plupart des cas cependant, ces recours sont aussi ouverts à d'autres types d'acteurs (États membres, institutions communautaires...).

⁷²¹ Article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), (ex-article 234 TCE) :
La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:

a) sur l'interprétation des traités,
b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

B - Les recours ouverts aux individus

Le justiciable privé dispose, dans l'Union Européenne, de certaines voies de droit qui lui sont ouvertes. Il en est ainsi, par exemple, du recours en annulation dirigé contre un acte communautaire illégal. De même, un recours en carence peut être formulé en cas d'abstention de l'Union. Enfin, lorsque l'action illégale de l'Union lui a causé un préjudice, le justiciable peut saisir les juridictions communautaires d'une action en responsabilité afin de se voir indemnisé.

1 - Le recours en annulation

Le recours en annulation vise à obtenir l'annulation des actes des institutions contraires au droit communautaire. Les États membres, les institutions européennes et les acteurs privés peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'un recours en annulation. À l'issue de la procédure, si l'annulation de l'acte est prononcée, celui-ci est réputé nul ou ne pas exister.

Le recours en annulation peut viser différentes catégories d'actes pris par les institutions communautaires, dont le point commun est de produire des effets de droit⁷²². Ainsi, il peut être dirigé contre les actes conjoints du Parlement européen et du Conseil, les actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne ainsi que les actes du Parlement européen ayant des effets juridiques vis-à-vis des tiers⁷²³. Ce recours peut également être formé contre certains actes de la Banque européenne d'investissement, à savoir les délibérations du conseil des gouverneurs et celles du conseil d'administration. En d'autres termes, mis à part les avis et les recommandations, le recours en annulation peut viser un grand nombre d'actes (règlements, directives, actes dits atypiques à condition qu'ils produisent des effets en droit)⁷²⁴. La Cour de justice a considéré aussi que l'acte de conclusion d'un accord international était attaquant par le recours en annulation quand l'accord lui-même ne l'était pas.

⁷²² CJCE, 31/05/1971, Commission contre Conseil, affaire 22/70.

⁷²³ CJCE, 23/04/1986, Les Verts, affaire 294/83.

⁷²⁴ CJCE, 31/05/1971, AETR, affaire 2270

Deux catégories de requérants doivent être distinguées : les requérants dits privilégiés, et les requérants normaux. Les requérants privilégiés sont les États membres et les institutions communautaires, leur privilège consistant en la dispense de démontrer un intérêt à agir. Certains auteurs opèrent une sous-distinction au sein de cette catégorie, à savoir les requérants spéciaux, qui ne peuvent agir que pour défendre leurs prérogatives. Il s'agit de la Cour des comptes, la Banque centrale européenne, la Banque européenne d'investissement, le Comité des régions ainsi que le contrôleur des données⁷²⁵. Les requérants normaux, ou les personnes privées, ne peuvent former de recours que contre les décisions dont ils sont destinataires. Leur recours peut toutefois aussi être dirigé contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, les concernent directement et individuellement⁷²⁶.

Dans la mesure où les individus doivent prouver leur intérêt à agir, ils doivent démontrer que l'acte attaqué a une incidence sur leur situation personnelle et, à l'exception des décisions, qu'ils sont à la fois directement⁷²⁷ et individuellement⁷²⁸ concernés par une mesure générale. Deux critères doivent être réunis pour l'effet direct : la mesure visée produit directement des effets sur la situation juridique du particulier, et ne laisse aucune possibilité d'appréciation aux destinataires chargés de l'appliquer⁷²⁸. S'il ne remplit pas cette condition, le recours présenté contre des directives par les particuliers sera déclaré irrecevable. « Individuellement concerné » signifie que l'acte est adressé spécifiquement au requérant, au titre de certaines qualités ou certains faits qui lui sont propres et le distinguent des autres opérateurs⁷²⁹. Ainsi, le seul fait d'être l'unique concerné par une mesure n'est pas de nature à justifier en soit que le requérant était individuellement visé⁷³⁰. En effet, le nombre d'affaires où le lien individuel a été considéré satisfait est resté faible dans la jurisprudence de la Cour, ce qui lui a par ailleurs valu certaines critiques au nom du droit d'accès au juge, comme par exemple par le TPI dans l'affaire Jégo-Quéré⁷³¹, critiques rejetées par la Cour. Si le Traité de Lisbonne semble avoir atténué le critère du lien individuel, il faut attendre de voir comment la jurisprudence intégrera cette nouvelle donne.

⁷²⁵ TPI, 08/11/2007, Bavarian Lager contre Commission, t-194/04.

⁷²⁶ CJCE, 15/07/1963, Plaumann & Co. Contre Commission, affaire 25-62, repris à l'article 263 TFUE

⁷²⁷ CJCE, 3/05/1978, Toepfer, affaire 112/77.

⁷²⁸ CJ, 10/09/2009, Commission/Ente per le Ville vesuviane, C-445/07 P et C-455/07 p, Rec. 2009, p. I-7993.

⁷²⁹ CJ, 18/05/1994, Codorniu/Conseil, C-309/89, Rec. 1994, p. I-1853.

⁷³⁰ CJ, 21/02/1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest, C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991, p. I-415. Ainsi, même si une personne est l'unique concernée par une mesure, il faut tout de même qu'elle démontre l'intention de la viser elle en particulier.

⁷³¹ TPI, 3/05/2002, Jégo-Quéré contre Commission, T-177/01 ; CJ, 1/04/2004, Commission contre Jégo-Quéré, C-263/02.

Le recours en annulation doit être formé dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'acte au Journal officiel ou de la notification au requérant ou, le cas échéant, du jour où il en a eu connaissance. La saisine du juge dans le cadre du recours en annulation n'a pas d'effet suspensif. Cependant, un sursis à exécution de l'acte en cause peut être demandé par le requérant.

L'annulation peut être prononcée pour quatre motifs, à savoir l'incompétence, la violation des formes substantielles, la violation des traités UE ou de toute règle relative à son application, et enfin le détournement de pouvoir. Lorsque la Cour de justice fait droit à la demande en annulation de l'acte contesté, celui-ci est réputé annulé. La décision porte en principe sur l'acte entier, sauf si les dispositions illégales peuvent être détachées des dispositions légales sans affecter outre mesure le reste de l'acte, auquel cas l'acte est amputé des dispositions jugées contraires au droit communautaire. L'effet *erga omnes* impliquant que tous les effets juridiques de l'acte disparaissent, celui-ci étant réputé n'avoir jamais existé, les impératifs de sécurité juridiques peuvent conduire le juge à limiter ou moduler les effets de l'annulation. De même, la Cour de Justice peut dans certains cas décider de maintenir en vigueur l'acte annulé jusqu'à son remplacement par un nouvel acte conforme à sa décision.

2 - Le recours en carence

Le recours en carence est prévu par l'article 265 du TFUE dans le cas où le Conseil européen, le Conseil de l'Union, la Commission, le Parlement (depuis le traité de Lisbonne), la Banque centrale européenne, la Banque européenne d'investissement ou les organes non institutionnels de l'Union s'abstiennent de publier un acte juridique ou omettent de prendre un acte qu'ils auraient dû prendre⁷³². Pour être recevable, le recours en carence doit viser une mesure qui entre dans le champ de compétence de l'organe visé, et bien sur ne pas concerner une compétence discrétionnaire.

Le recours en carence ressemble beaucoup au recours en annulation, tout deux étant ouverts aux mêmes requérants : les États membres, les autres organes de l'Union européenne et aussi les individus et les entreprises sont admises à faire ce recours pour obtenir la reconnaissance

⁷³² CJ, 10 décembre 1963, Eridania e.a/Commission, 10/68 et 18/68, Rec., 1969 p. 459.

officielle d'une carence. La Cour a de fait expressément déclaré que les deux recours formaient l'expression d'une seule voie de droit⁷³³. Ils sont en effet considérés comme étant des voies « objectives » car ils sont dirigés contre des actes ou l'absence d'actes, contrairement au contentieux « subjectif » qui est dirigé contre des personnes et sert à obtenir un dédommagement⁷³⁴. Les requérants doivent demander à l'institution concernée le contenu de l'acte qu'elle devrait prendre avant de solliciter la Cour. En cas d'inaction dans les deux mois qui suivent cette interpellation, la saisine devient réalisable. Le Tribunal de l'Union européenne décide alors en première instance, et la Cour de justice européenne en deuxième instance.

3 - Le recours en réparation ou en responsabilité extra contractuelle

Dans le cadre du recours en réparation ou en responsabilité extra contractuelle, tout État membre ou personne privée ayant intérêt à agir⁷³⁵ peut saisir la Cour pour faire reconnaître la responsabilité de l'Union et le cas échéant réclamer des dommages-intérêts. Ce recours vise donc à réparer les dommages causés par les institutions, ou leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, et ce dans un délai de cinq ans à compter de la réalisation du dommage ou de son aggravation.

Pour la Cour de justice, le recours en responsabilité est une voie de droit autonome, donc déconnectée des recours relevant du contentieux de la légalité. Ainsi, même si le recours en responsabilité peut parfois produire un résultat similaire à un recours en carence, il est également recevable⁷³⁶. De plus, un requérant peut agir par le biais d'une action en responsabilité sans nécessairement requérir l'annulation de l'acte illégal qui lui cause le préjudice⁷³⁷ et même si l'acte est devenu définitif parce qu'il n'a pas été attaqué en annulation. De même, le rejet de la

⁷³³ CJ, 18/11/1970, Chevalley/Commission, 15/70, Rec. 1970 p. 975.

⁷³⁴ MASSON (A.), NIHOUL (P.), *op. cit.*, p. 367.

⁷³⁵ HERMANN-RODEVILLE (J.), *Un exemple de contentieux économique : le recours en indemnité devant la Cour de justice des Communautés européennes*, RTDE 1986, p. 5.

⁷³⁶ CJCE 28 avril 1971, Lutticke, aff. 4/69, Rec. p. 325.

⁷³⁷ CJCE 12 novembre 1971, Birke, aff. 543/79, Rec. p. 2669.

demande en annulation n'entraîne pas le rejet de la demande d'indemnisation⁷³⁸, ce qui est logique, compte tenu de l'indépendance des voies de recours.

Il existe cependant une limite au libre choix des requérants entre les voies de droit: le détournement de procédure, qui est pour un requérant le fait d'utiliser un recours en responsabilité alors qu'il disposait d'un recours spécialement adapté aux faits. Autrement dit, la finalité de l'action en responsabilité, qui est d'obtenir la réparation d'un préjudice, doit être respectée. Ainsi, un requérant cherchant à réparer l'omission d'agir en annulation en profitant de la longueur du délai pour agir en responsabilité commet un détournement de procédure.

Les trois conditions générales du contentieux de la responsabilité sont : une faute résultant d'un comportement illégal, un préjudice né et actuel, (même si on ne peut pas en évaluer l'étendue au moment de la requête) et un lien de causalité entre faute et dommage⁷³⁹.

Si l'action en responsabilité peut donc être initiée par un acteur privé pour indemniser le préjudice causé par l'action ou l'inaction de l'Union Européenne, il a été exposé qu'une telle action n'est pas possible dans le cadre de l'OMC. En effet, celle-ci n'admet pas le recours privé direct, et quand bien même elle les admettrait, son intervention viserait en premier lieu la cessation de l'acte et non la réparation.

Par ailleurs, l'Union Européenne fait montre d'une démarche pédagogique dans l'élaboration des normes de droit communautaire. Ainsi, dans une logique de réduction des contentieux procédant d'une meilleure application et intégration desdites normes, mais aussi d'une plus grande légitimité de celles-ci, une réelle démarche d'association des destinataires est entreprise (Paragraphe II).

⁷³⁸ TPI 15 décembre 1994, Unifruit Hellas EPE, aff. 484/93, Rec. p. 1201.

⁷³⁹ « La compétence de la juridiction communautaire se limite, lorsqu'elle est saisie d'un recours en indemnité, à vérifier si sont remplies les conditions pour l'obtention de la réparation, à savoir la faute, le dommage et le lien de causalité », CJCE 15 décembre 1994, Finsider, aff. 320/92, Rec. p. 5697.

Paragraphe II - La participation des acteurs privés au corpus institutionnel européen

Le concept de « participation » doit nécessairement être clarifié, car il intervient dans le cadre de pratiques très différentes. La participation est souvent associée à la transparence. En effet, la participation est envisagée comme un moyen d'introduire plus de transparence dans le processus décisionnel. Cependant, d'une part la participation des personnes privées peut avoir lieu de façon opaque, d'autre part la transparence n'implique pas seulement la participation, mais aussi d'autres démarches comme l'information du public ou son accès aux documents.

Le concept de participation est devenu incontournable dans le droit de l'Union européenne. Cela s'explique par le fait qu'il est associé à la notion nouvelle de bonne gouvernance. De plus, comme il s'agit d'une organisation d'intégration, les règles imposées au niveau de l'Union ont vocation à s'imposer aux États membres.

Les personnes privées se voient consultées de deux façons distinctes. La première est qualifiée d'horizontale ; elle permet d'associer les personnes privées au processus d'élaboration du droit de l'Union. La seconde est verticale ; elle permet d'associer ces personnes au processus d'élaboration du droit national assurant l'exécution du droit de l'Union.

En droit de l'Union européenne, la participation des personnes privées est particulièrement essentielle. Ce droit repose en effet sur une certaine participation des citoyens : référendums concernant l'adoption au niveau national de certains traités, adoption de la plupart des normes de l'Union par le Parlement européen qui représente les citoyens.

Cependant, l'Union européenne essuie de lourdes critiques concernant sa légitimité démocratique. C'est pourquoi le livre blanc sur la gouvernance européenne souligne l'importance du principe de participation, au même titre que l'ouverture, la responsabilité, l'efficacité ou la cohérence. La Commission estime en effet que « [la] qualité, la pertinence et l'efficacité des politiques de l'Union dépendent d'une large participation des citoyens à tous les stades, de la conception à la mise en œuvre des politiques. L'amélioration de la participation devrait accroître la confiance dans le résultat final et dans les institutions qui produisent les politiques. La participation dépend de manière déterminante de l'adoption par

les administrations centrales, pour la conception et la mise en œuvre des politiques de l'UE, d'une approche faisant précisément appel à la participation de tous »⁷⁴⁰.

Cette analyse met en exergue les deux dimensions de la participation des personnes privées au sein de l'Union européenne : un aspect horizontal nécessaire (A) et un aspect vertical diversifié (B).

A - La nécessité d'une participation horizontale des personnes privées

La bonne gouvernance étant un objectif essentiel de l'Union impliquant la participation des personnes privées, il faut développer des instruments pour mettre en œuvre cette participation. Ceux-ci peuvent être dissociés en deux catégories perméables : les modes de participation formalisée (1) et les modes de participation informelle (2).

1 - Le développement d'une participation formalisée

La volonté d'associer la société civile à l'élaboration de droit de l'UE a débouché sur la création d'organes spécifiques dont le rôle est de représenter des intérêts différents des intérêts propres des États membres.

Il s'agit tout d'abord du Comité économique et social qui se présente comme « un pont entre l'Europe et la société civile organisée ». Selon l'article 300 TFUE « Le Comité économique et social est composé de représentants des organisations d'employeurs, de salariés et d'autres acteurs représentatifs de la société civile, en particulier dans les domaines socio-économique, civique, professionnel et culturel ».

⁷⁴⁰ Livre blanc sur la gouvernance européenne, Com (2001) 428. (GADBIN D., « Les principes de bonne gouvernance européenne », *Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, 2004, p. 589).

Les traités organisent sa participation au processus de décision. En premier lieu, sa consultation est obligatoire dans un certain nombre de cas comme en matière de politique sociale ou de protection des consommateurs. En second lieu, il peut être consulté si les institutions de l'Union européenne estiment cela nécessaire. En troisième lieu, il dispose également d'un certain pouvoir d'initiative pour « émettre un avis dans le cas où il le juge opportun »⁷⁴¹. Il apparaît donc que le rôle du Comité est cantonné à une fonction d'alerte et ne permet ni de bloquer, ni d'imposer une décision. D'un côté, il alerte institutions de l'Union des préoccupations de la société civile. D'un autre côté, il informe les membres de cette dernière des textes en préparation et des orientations adoptées par les institutions.

Ensuite, se sont développées de façon très rapide des agences européennes. Celles-ci sont constituées notamment de représentants des milieux professionnels concernés. Bien que ces agences ne soient pas formellement prévues par les traités, on peut considérer qu'elles relèvent de la participation formalisée car elles sont instituées par des actes de droit dérivé. Le plus souvent, la mission de ces agences est d'assister la Commission dans son rôle d'exécution du droit de l'Union. Par ce biais, les agences européennes se voient attribuées un certain pouvoir de décision sur les questions techniques. Ainsi, le développement de ces agences interroge quant à la mise en œuvre du principe de transparence, corolaire du principe de bonne gouvernance.

Enfin, la participation formalisée des personnes privées passe également par des instruments non-institutionnels qui permettent une association de la société civile au processus décisionnel. Il s'agit d'une part des interventions de la société civile imposées dans le cadre de certaines politiques. En matière de politique sociale par exemple, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne oblige la Commission à consulter les partenaires sociaux « sur l'orientation possible d'une action de l'Union », puis, si elle décide d'aller plus loin, sur le contenu de la proposition envisagée⁷⁴².

D'autre part, l'Union européenne est partie à la convention d'Aarhus qui pose pour principe la participation des personnes privées au processus de décision en matière environnementale. Ainsi a été adopté un règlement spécifique précisant les modalités de cette participation au sein des institutions de l'Union. Il est prévu que « le public » ait accès à l'information, participe au processus décisionnel et accède à la justice en matière d'environnement. En outre,

⁷⁴¹ Article 305 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

⁷⁴² Article 154 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

afin de rendre cette participation efficiente, la décision finale ne peut être élaborée « qu'en tenant dûment compte du résultat de la participation du public »⁷⁴³.

La participation des personnes privées au procédé décisionnel est donc organisée de façon formalisée au sein de l'Union européenne. Toutefois, cette participation s'est également développée de manière informelle (2).

2 - Le développement d'une participation informelle

La participation informelle s'oppose à celle prévue par les traités. Le système juridique de l'Union européenne propose dans ce cadre de faire une large place aux procédures de transparence et de participation des personnes privées.

C'est principalement la Commission qui est à l'origine des dispositifs d'administration participative, dans la mesure où elle détient le pouvoir de proposition. Elle se sert pour cela de son site internet, lequel dédie une page à la voie des administrés, à leurs points de vue sur l'Europe⁷⁴⁴. Elle y lance des appels à consultation, précisant les modalités concrètes de participation pour chaque thème, et informe des résultats de la procédure pour les consultations clôturées.

La Commission a par ailleurs développé la pratique des « livres verts ». Elle les présente comme « des documents de réflexion publiés par la Commission sur un domaine politique spécifique. Ce sont avant tout des documents destinés aux parties concernées –organismes et particuliers- qui sont invitées à participer au processus de consultation et de débat. Dans certains cas, ils sont à l'origine de développements législatifs ultérieurs. »⁷⁴⁵. En effet, le livre vert peut être suivi d'un « livre blanc » qui présente les leçons tirées de ces consultations. Il est à noter que cette pratique est inspirée du droit anglais, lequel l'a mise en place à partir de la fin des années soixante.

Certes, la consultation via le site internet de la Commission et les livres verts permet une réelle participation des personnes privées, qui peuvent toutes exprimer un avis de manière

⁷⁴³ Règlement n°1367/2006, article 9.5

⁷⁴⁴ L'adresse exacte est la suivante : http://ec.europa.eu/yourvoice/index_fr.htm.

⁷⁴⁵ Site internet de la Commission européenne.

relativement simple et transparente. Néanmoins, les effets concrets de cette participation demeurent cantonnés. En effet, non seulement le recours à ces modes de consultation n'est pas obligatoire, mais encore, la Commission n'est pas liée par les avis formulés par les administrés. La participation des personnes privées est en conséquence subordonnée à la volonté de l'institution.

Parallèlement, et comme dans tous les systèmes normatifs, on assiste à un mode d'intervention officieux des personnes privées. Les lobbys ou groupes de pression sont très présents mais les institutions de l'Union ont essayé d'assurer une certaine transparence dans leur participation. En 2006, la Commission a d'ailleurs lancé une consultation par le biais d'un livre vert sur la réglementation du rôle des lobbys⁷⁴⁶. Cependant, aucune mesure n'a pour le moment été adoptée.

Si la nécessité d'une association des destinataires des normes communautaires avec les autorités les adoptants est acquise, il convient par ailleurs de prendre en compte un autre niveau de participation des acteurs privés, à savoir le niveau interne, lequel est par essence bien plus diversifié (B).

B - Une diversité des modes de participation verticale

Le droit de l'Union européenne influe de deux manières différentes sur le processus décisionnel interne des États membres. D'une part ses textes imposent une obligation de participation des personnes privées (1). D'autre part, il arrive que l'État membre s'inspire des procédés de l'Union pour l'adoption de ses propres décisions (2).

⁷⁴⁶ Livre vert : Initiative européenne de transparence, 3 mai 2006, COM (2006)194.

1 - Une participation imposée par le droit de l'Union

C'est dans le domaine de l'environnement que la participation des personnes privées au processus d'élaboration de la décision a d'abord semblé le plus évident. En effet, les administrés exprimaient une réelle volonté en ce sens et il apparaît évident que l'acceptation de la norme est facilitée par cette participation.

Ainsi, dès 1985 était posé dans une directive le principe de l'évaluation préalable et de l'information du public pour les projets susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement⁷⁴⁷. La convention d'Aarhus, signée en 1998 et approuvée par le Conseil de 2005⁷⁴⁸, a ensuite renforcé les modalités de consultation des personnes privées en la matière.

La convention a été mise en œuvre par la directive du 26 mai 2003 relative à la participation du public lors de certains plans et programmes relatifs à l'environnement⁷⁴⁹. Cet acte normatif impose aux États membres un droit à la participation plus large que celui qui pèse sur les institutions de l'Union. Il impose notamment que la participation du public soit juridictionnellement protégée : une voie d'accès au juge doit être mise en place afin que les personnes privées puissent contester le non-respect des règles relatives à la participation. Partant, les organisations non gouvernementales qui œuvrent en faveur de l'environnement sont réputées avoir un intérêt à agir dans le cadre de ce contentieux.

Les États membres sont donc contraints de mettre en place des mécanismes participatifs et d'assurer leur effectivité. Cependant, ceux-ci n'ont pas pour finalité de transférer le pouvoir décisionnel aux personnes privées.

Si des obligations de participation sont imposées par l'Union Européenne, il est fréquent que par un effet de mimétisme les États membres aillent par eux même plus loin. Une plus grande implication pour une meilleure application semble être en effet un principe universel-
(2).

⁷⁴⁷ Directive n°85/337 du 27 juin 1985.

⁷⁴⁸ Décision du Conseil, 2005/370/CE du 17 février 2005.

⁷⁴⁹ Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil prévoyant la participation du public lors de l'élaboration de certains plans et programmes relatifs à l'environnement, et modifiant, en ce qui concerne la participation du public et l'accès à la justice, les directives 85/337/CEE et 96/61/CE du Conseil.

2 - Un prolongement volontaire des principes de la participation

Tout comme le droit de l'Union européenne s'inspire des droits des États membres, ces derniers s'inspirent inversement du droit de l'Union concernant la question de la participation du public à la prise de décision administrative.

Ainsi en droit français, avant l'intervention d'un texte, la participation des personnes intéressées est parfois sollicitée afin de recueillir des avis et de façon à ce que les milieux professionnellement concernés adhèrent à la norme. Dans le cadre de l'élaboration de l'ordonnance de 2004 sur les partenariats publics-privés et du Code des marchés publics de 2006, des consultations publiques ont été organisées de façon strictement identique aux consultations faites par la Commission. Le projet est ainsi publié et sont sollicitées les réactions des personnes intéressées avant une date de clôture de la consultation. Le but de ces démarches est finalement bien moins la transparence que l'acceptation par les personnes visées de la norme ainsi produite.

Une telle association en amont entre les autorités édictant une norme et les acteurs visés par son application ajoute à celle-ci une dimension pédagogique, voire même psychologique, qui ne peut que faciliter son intégration et sa bonne application future. De tels mécanismes devraient être reproduits dans le cadre de l'OMC. En effet, si la diversité des acteurs, des intérêts et des enjeux rendent l'exercice plus complexe, il n'en est que d'autant plus nécessaire.

Après avoir étudié les voies possibles d'intervention des individus contre les institutions et les États membres de l'Union européenne et les moyens pour en limiter le nombre via une implication des destinataires à la production normative, il semble nécessaire d'étudier la situation des individus au cœur des autres institutions économiques et de défense des droits de l'homme dans un cadre régional, voire même international (Section II).

Section II - Les acteurs privés dans le droit des autres organisations

Dans les différentes régions du monde, des institutions internationales ont vocation à regrouper un nombre important d'États de la planète, sans considération de leur puissance ou de leur système politico-économique. L'adhésion de tout État qui le désire est quasiment un droit. Telle est la pratique actuelle de l'O.N.U. Par contre, plusieurs organisations régionales sont apparues dans le monde afin de renforcer le développement économique (Paragraphe I), voire pour défendre les droits de l'homme dans certaines régions (Paragraphe II).

Paragraphe I - Dans des organisations régionales d'intégration économique

Au cœur du système international, plusieurs dynamiques d'intégration économique régionale sont actives. Dans les continents africains et américains, un nombre accru d'accords d'intégration économique est apparu après la fin de la seconde guerre mondiale. Cet accroissement est dû à l'augmentation des échanges économiques comme les fruits du phénomène de la mondialisation. Nous allons aborder le cas du continent africain qui apparaît comme une réponse aux lourds handicaps ayant subsisté après l'indépendance des anciens territoires colonisés (A) et le cas du continent américain qui regroupe des États aux profils sociaux et économiques contrastés et diversifiés (B).

A - Sur le continent Africain

Les possibilités de recours privés sur ce continent sont multiples et méritent d'être examinées plus profondément. Nous allons donc aborder deux exemples pionniers qui concernent le continent africain, soit la Cour de justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest africaine (1), et la Cour de justice de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (2).

1 - Dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)

Le traité de Dakar du 10 janvier 1994 a créé l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA). Elle vise à réaliser un espace économique intégré pour les États membres, grâce au renforcement de la compétitivité des activités économiques dans le cadre d'un marché concurrentiel ouvert et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé. Afin de contrôler les engagements pris par les États membres et de veiller au respect du droit lors de l'application et de l'interprétation du traité, une Cour de justice communautaire a été instituée. Trois organes de contrôle juridique et parlementaire ont ainsi été créés: la Cour de justice, la Cour des comptes et le Comité interparlementaire. De plus, plusieurs organes consultatifs ont été instaurés pour réaliser les objectifs de l'Union, comme par exemple la chambre consulaire régionale, prévue par le traité du 10/01/1994⁷⁵⁰.

Instaurée par l'article 38 du Traité de l'Union et régie par la section I du protocole additionnel n° I, la Cour de justice de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine a été créée le 27/01/1995 à Ouagadougou (Burkina Faso). Elle se compose de huit juges élus pour six ans renouvelable, chaque État membre proposant à la conférence des chefs d'État et de gouvernement une « personnalité offrant toutes les garanties d'indépendance et de compétence juridique, nécessaires à l'exercice des plus hautes fonctions juridictionnelles (Article 2 Protocole additionnel UEMOA) ». La Cour de Justice sert à assurer le respect du droit relatif à l'interprétation et à l'application du Traité de l'UEMOA. Elle est par ailleurs juge de la légalité des règlements, directives et décisions, et arbitre les conflits entre les États membres ou entre l'Union et son personnel. Les arrêts de la Cour de Justice, selon l'article 20 du protocole additionnel UEMOA, ont force exécutoire et sont publiés au Bulletin Officiel de l'Union⁷⁵¹. La Cour rend des arrêts sur saisine préjudicielle, mais aussi des arrêts sur recours directs.

Les recours préjudiciels devant la Cour peuvent être des recours en interprétation ou en appréciation de la légalité ou de la validité d'une règle de droit communautaire⁷⁵². Lorsqu'un problème d'interprétation se pose auprès d'une juridiction nationale ne statuant pas en dernier

⁷⁵⁰ <http://fsjp.ucad.sn/files/uemoa.pdf>.

⁷⁵¹ http://www.uemoa.int/Pages/Actes/NewPages/Protocole_additionnel_I.aspx. Consulté le 02/02/2013.

⁷⁵² *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA*, actes du séminaire régional sur l'Ordre juridique communautaire de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, organisé par la cour de justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, Ouagadougou, 1-5 novembre 2004, p. 32.

ressort, cette juridiction peut poser des questions préjudicielles à la Cour⁷⁵³ (arrêt 15 du Règlement de procédure), cette faculté devenant obligatoire si la juridiction statue en dernier ressort. Les interprétations formulées par la Cour de Justice s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles des États membres, une éventuelle désobéissance pouvant entraîner un recours en manquement⁷⁵⁴.

La Cour ne fait pas que rendre des arrêts sur saisine préjudicielle, mais peut aussi être saisie pour trancher directement au fond, notamment dans le domaine du droit de la concurrence. Ainsi, elle est compétente pour connaître des recours en légalité intentés contre les actes pris par les organes de l'Union⁷⁵⁵. Les actes concernés sont les règlements d'exécution portant par exemple sur les exemptions par catégorie, ou encore des décisions accordant des exemptions individuelles, mais aussi autorisant une aide publique ou le déclarant incompatible avec les règles du marché commun. La Cour est ainsi compétente pour connaître des recours en plein contentieux contre les décisions de la Commission. Elle peut dans le cadre de ce recours annuler ou réformer les décisions de la Commission⁷⁵⁶. Les recours en annulation concernent les décisions procédurales formelles: demandes formelles de renseignements, décisions ordonnant une vérification, désignation de tiers habilités à auditionner les parties, ... La Cour statue en se basant sur les dispositions du Protocole additionnel n°1 et le règlement de procédure 1/96/CM/UEMOA du 5 juillet 1996. Les États membres, le Conseil des Ministres, les personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt à agir contre un acte qui est nuisible pour eux, ont le droit de saisir la Cour. Le recours doit être introduit dans un délai de deux mois à partir de la publication de l'acte attaqué, de sa notification à la partie lésée, voire même de la date à laquelle elle a pu prendre connaissance de l'acte⁷⁵⁷.

Enfin, la Cour peut être saisie d'un recours de plein contentieux, introduit par les États membres mais aussi par les acteurs privés, à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles de

⁷⁵³ Article 12 Protocole additionnel UEMOA n°1: [...] Les juridictions nationales statuant en dernier ressort sont tenues de saisir la Cour de Justice. La saisine de la Cour de Justice par les autres juridictions nationales ou les autorités à fonction juridictionnelle est facultative ».

⁷⁵⁴ Article 13 Protocole additionnel UEMOA n°1: « Les interprétations formulées par la Cour de Justice dans le cadre de la procédure de recours préjudiciel s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles dans l'ensemble des Etats membres. L'inobservation de ces interprétations peut donner lieu à un recours en manquement ».

⁷⁵⁵ L'organisation et les procédures auprès la Cour de justice sont instaurés par l'Acte additionnel n°10/96 portant statut de la Cour de justice et le Règlement 01/96 portant règlement de procédures de la Cour de justice de l'UEMOA.

⁷⁵⁶ *Sensibilisation au droit communautaire de l'UEMOA*, actes du séminaire régional sur l'Ordre juridique communautaire de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, organisé par la cour de justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, Ouagadougou, 1-5 novembre 2004, p. 84.

⁷⁵⁷ Article 8 du Protocole additionnel UEMOA n° 1.

l'OMC. Les modalités de ces recours sont les mêmes que pour les recours en annulation (délai de deux mois...), le recours de plein contentieux n'ayant par ailleurs pas d'effet suspensif (sauf décision expresse). À la différence du recours en annulation, le recours de plein contentieux offre au juge de plus larges pouvoirs, lui permettant d'annuler une décision mais aussi de la modifier, de prononcer des amendes, d'imposer des mesures aux entreprises ou encore de dresser des constatations au besoin en recourant à des experts⁷⁵⁸. Le recours de plein contentieux, comme le recours en annulation, peut se voir sanctionner en cas d'abus de droit par une procédure dite de « folle action ».

Si le recours privé est possible devant la Cour de Justice de l'UEMOA, contrairement à l'OMC où il n'est pas admis, c'est pour diverses raisons telles une plus forte pénétration des principes juridiques communautaires dans les ordres internes, illustrée par un large effet direct de ses normes. Au contraire, le droit de l'OMC reste majoritairement un droit international plus éloigné des ordres nationaux, et est généralement sans effet direct, donc sans invocabilité possible devant des juridictions internes des membres de l'organisation. Il convient à présent de se pencher sur d'autres institutions africaines (2), pour chercher à voir si cette conception d'une coopération internationale intégrée est aussi la norme, et mieux appréhender le rôle de l'individu dans la formation des actions contentieuses.

2 - Dans la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)

La Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) est une organisation intergouvernementale ouest-africaine qui est née du traité de Lagos signé le 28 mai 1975, et qui est aujourd'hui la principale structure de coordination des actions des pays de l'Afrique de l'Ouest. Le but principal de cette communauté est de promouvoir la coopération et l'intégration pour aboutir à une union économique et monétaire ouest-africaine. Ses missions ont été étendues en 1990 au maintien de la stabilité régionale avec la création de l'ECOMOG, groupe militaire d'intervention qui devint permanent en 1999. À l'heure actuelle,

⁷⁵⁸ Article 42 du REGLEMENT N° 01/96/CM/UEMOA: « La Cour peut par ailleurs ordonner et confier une expertise à toute personne, corps, organe, commission ou bureau de son choix et ce dans les conditions déterminées par le règlement de procédures ».

la CEDEAO compte 15 États membres. D'après le FMI, le PIB PPA global des États membres de la CEDEAO s'élève à 564,86 milliards de dollars US, ce qui en fait la 25^{ème} puissance économique mondiale⁷⁵⁹.

La Cour de Justice de cette Communauté Économique fut créée en 1993⁷⁶⁰ par le traité révisé de la CEDEAO (article 15 du Traité révisé) ; elle siège à Lagos (Nigeria) et est en activité depuis 2002. L'organisation, le fonctionnement et la procédure applicable auprès de la Cour sont réglementés par le Protocole A/P1/7/91 du 6 Juillet 1991 et les protocoles additionnels A/SP1/12/01 et A/SP1/01/05 du 19 Janvier 2005. Sa mission principale est la promotion de la coopération et de l'intégration, le soutien à la création d'une union économique de l'Afrique de l'Ouest pour améliorer le niveau de vie de ses peuples, et le maintien ainsi que l'accroissement de la stabilité économique, la promotion des relations entre les États-membres et aussi la contribution au développement du continent africain (article 3 du Traité CEDEAO). Elle est composée de 7 juges désignés pour 5 ans, renouvelables une fois, par la conférence des Chefs d'État et de Gouvernement à partir d'une liste de deux juges présentés par chaque État membre. La nomination des premiers juges de la Cour a eu lieu le 30 janvier 2001. Enfin, la Cour statue conformément aux clauses de la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, ces décisions ayant force obligatoire pour les États membres de la CEDEAO.

En 2002, les ministres de la Justice des États membres de la CEDEAO ont suggéré à la Cour de Justice l'élargissement de sa juridiction, pour offrir aux individus un accès direct à la Cour. Ainsi, les citoyens d'un État membre de la CEDEAO peuvent, à partir de la date indiquée, déposer une plainte auprès de la Cour en cas de violations des droits de l'homme par un acteur étatique. Les ministres de la Justice ont aussi adopté le règlement Intérieur de la Cour et un amendement proposé par la Cour relatif à son Protocole et les ont recommandés pour approbation au Conseil des ministres. L'affaire Olajide Afolabi - Federal Republic of Nigeria⁷⁶¹, une des premières affaires traitée par la Cour en 2004, a accentué la nécessité de l'ouverture de voies de recours aux requérants individuels. Dans cette affaire, un ressortissant Nigérian avait vu ses activités périlcliter de part la fermeture unilatérale de la frontière avec le

⁷⁵⁹ <http://www.ecowas.int>.

⁷⁶⁰ La signature au Nigeria le 6 juillet 1991 d'un protocole sur la Cour de justice des communautés a initié la mise en place de cet organe de justice. Ce protocole est entré en vigueur le 5 novembre 1996, peu de temps après une révision du traité sur la CEDEAO en 1993 (traité d'Abuja) qui a intégré la Cour de justice au sein des institutions de la CEDEAO (article 6).

⁷⁶¹ Ordre de comparaître 2004/ECW/CCJ/04, devant la Cour de Justice de la CEDEAO, M. Afolabi Olajide contre République fédérale du Nigéria, arrêt du 27 avril 2004.

Bénin par son État de résidence, et avait assigné celui-ci devant la Cour. Si la Cour a dans cet arrêt réaffirmé la possibilité qu'ont les États-membres d'agir en justice au nom de leurs ressortissants, elle a aussi admis la requête de M. Olajide contre son propre État, une possibilité loin d'être appliquée dans le cadre de l'OMC actuelle. Ainsi, la Cour peut être saisie depuis 2005 par tout ressortissant des États-membres, en cas de violation des protocoles, décisions, traités ou conventions adoptés par la CEDEAO.

Depuis 2005 aussi, la Cour dispose d'une compétence pour statuer sur les violations des droits de l'homme par le biais d'une procédure de plainte individuelle. Particularité intéressante, les voies de recours internes ne doivent pas forcément avoir été épuisées avant la saisine de la Cour de justice de la CEDEAO. Ainsi, la victime d'une violation des droits de l'homme peut directement faire appel à la cour, y compris pendant que l'affaire est soumise à une procédure nationale⁷⁶². Cette facilité de saisine a pu donner lieu à d'importantes décisions relatives aux droits de l'homme. Par exemple en 2008 la cour dans une affaire où une victime a été vendue à l'âge de 12 ans pour 240.000 francs et après avoir estimé que les juges nigériens n'avaient pas rempli leur mission de protection de la victime, a pris une décision audacieuse dans le domaine de l'esclavage: l'État du Niger a été condamné pour avoir violé les droits de l'homme de l'un de ses citoyens en raison de son intolérance, de sa passivité et de sa non-intervention, et a dû payer des réparations d'un montant de 10 millions de francs CFA (plus de 20 000 dollars américains). Le jugement a été qualifié d'historique car c'est l'un des premiers cas d'esclavage à avoir été condamné au niveau international.

Pour conclure, la Cour de justice de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine et la Cour de justice de Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest sont des exemples concrets et développés par rapport à l'accès des acteurs privés à leurs juridictions. Pourtant et afin d'avoir une image plus riche sur le droit d'accès de l'acteur privé à la scène internationale, il nous semble nécessaire de se pencher sur des exemples du continent américain (B).

⁷⁶² <http://www.claiminghumanrights.org/ecowas.html?L=1>.

B - Sur le continent américain

En réponse au multilatéralisme prôné par l'OMC, plusieurs processus de mondialisation en miniature (des rapprochements économiques régionaux) ont été révélés sur le continent américain. Cette régionalisation permet de pratiquer le « régionalisme ouvert » pour bénéficier de la spécialisation, de la complémentarité productive, de la proximité géographique afin d'atteindre la croissance, d'attirer des capitaux étrangers et de développer des pôles d'activité innovants. Ces structures de coopération et d'intégration économique offrent de nombreuses perspectives d'études de l'intégration des acteurs privés au sein du processus contentieux. Afin d'avoir une analyse permettant la comparaison avec les organes de l'OMC, il convient d'aborder la protection des investisseurs dans le cadre de l'ALENA (1), puis de se tourner vers le MERCOSUR qui appréhende l'action des acteurs privés de manière plus stricte (2).

1 - Le positionnement actuel des acteurs privés dans le cadre de l'ALENA

L'Accord de Libre Échange Nord Américain (ALENA) a mis en place des mécanismes fondés sur des règles impartiales afin de résoudre les différends, de façon à procurer aux entreprises nord-américaines un environnement équitable et prévisible pour effectuer leurs échanges commerciaux. Ainsi, grâce à l'ALENA les entreprises peuvent investir tout en sachant que des règles sont prévues pour leur garantir un traitement équitable et que des mécanismes sont en place pour régler les différends dans les rares occasions où ils surviennent. À l'heure actuelle, les relations commerciales et l'investissement entre les partenaires de l'ALENA se déroulent en grande partie conformément aux règles claires et bien établies de l'Accord et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Lorsque des différends surviennent, les parties concernées doivent s'efforcer de les régler en passant par les comités et les groupes de travail de l'ALENA ou par d'autres consultations. Si aucune solution ne peut être trouvée, l'ALENA prévoit alors certains mécanismes selon les cas de

figure: en matière d'investissement (chapitre 11), en matière de lutte antidumping (chapitre 19) et enfin pour les différends d'ordre général (chapitre 20)⁷⁶³.

Le chapitre 19 offre aux exportateurs et aux producteurs un mécanisme de révision devant un groupe spécial binational indépendant offrant une alternative au contrôle juridictionnel national en matière de droits antidumping et compensateurs. Des groupes spéciaux sont ainsi mis en place devant le Secrétariat de l'ALENA afin de contrôler les enquêtes menées par les autorités nationales. À ce jour, les groupes spéciaux ont confirmé certaines décisions rendues par les autorités nationales chargées des enquêtes, mais ils ont également demandé que d'autres soient revues. Il existe aussi une procédure de contestation extraordinaire des décisions rendues par les groupes spéciaux, mais seules des circonstances exceptionnelles justifient leur mise en place⁷⁶⁴.

Le chapitre 20 offre un processus en trois temps pour régler les différends concernant l'application ou l'interprétation des dispositions de l'ALENA : tentative de règlement amiable par le biais de consultations, puis si échec, convocation de la Commission du Libre-échange de l'ALENA, et enfin si le conflit persiste, un État membre peut demander la mise en place d'un groupe spécial arbitral composé de 5 membres dont le jugement a force exécutoire.

Le chapitre 11 de l'ALENA sur l'investissement étranger a mis en place un mécanisme de règlement des différends en matière d'investissement entre investisseurs et État membre de l'ALENA. Ce processus garantit un traitement égal et non discriminatoire aux investisseurs de l'ALENA conformément aux principes de réciprocité internationale et de l'application régulière de la loi devant un tribunal impartial. Si un investisseur originaire d'un État membre considère qu'un autre membre sur le territoire duquel il a réalisé des investissements a contrevenu à ses obligations en matière d'investissement telles que prévues dans le chapitre 11, il dispose du choix de la mise en œuvre de différents mécanismes d'arbitrage : arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), Règlement du mécanisme supplémentaire du (CIRDI), ou encore arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)⁷⁶⁵.

Le recours à l'arbitrage offre plus de garanties face au pouvoir discrétionnaire de l'État d'accueil. De fait, soustraire le litige au pouvoir normatif de l'État est l'un des objectifs

⁷⁶³ <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux>, consulté le 20/12/2012.

⁷⁶⁴ http://www.alenaaujourd'hui.org/dispute/default_fr.asp.

⁷⁶⁵ http://www.alenaaujourd'hui.org/dispute/default_fr.asp.

principaux des traités d'investissement et les dispositions de l'ALENA vont plus loin encore, l'État en cause ne pouvant contester le choix du plaignant. Il importe de noter que les sentences finales rendues par les instances arbitrales ont force exécutoire et s'imposent aux juridictions nationales. Sinon, l'investisseur dispose aussi de la possibilité de saisir les juridictions nationales de l'État membre en cause. L'absence de possibilité d'opposition de l'État contre le choix opéré par le plaignant est source de controverses, certains y voyant une diminution de la souveraineté nationale au profit d'une extraterritorialité juridique. Toutefois, cette possibilité de choix est un mécanisme, une fois n'est pas coutume, qui profite aux acteurs privés et à la juridicisation des relations commerciales internationales.

Aux termes de l'article 1128 de l'ALENA, « après notification écrite donné aux parties contestantes, une Partie pourra présenter à un tribunal des conclusions sur une question d'interprétation du présent accord »⁷⁶⁶. Il convient de présenter deux affaires pour illustrer l'intervention des acteurs privés au cours de l'instance internationale. Dans l'affaire Methanex comme dans l'affaire UPS, des acteurs privés ont tenté d'intervenir au cours de l'instance en tant que parties au litige, ou en tant qu'acteur privé. Ces acteurs représentaient des intérêts de la société civile (ONG de défense de l'environnement pour l'affaire Methanex, syndicats de travailleurs dans l'affaire UPS). Au contraire de la Cour Internationale de Justice qui n'a jamais admis la participation des ONG au règlement de litiges interétatiques⁷⁶⁷, la CNUDCI a admis la possibilité pour une ONG d'intervenir spontanément au cours d'un tel litige, bien qu'en pratique elle ait rejeté leur intervention pour des motifs intrinsèques aux affaires⁷⁶⁸.

Si la CNUDCI admet l'intervention spontanée d'ONG dans des différends entre États, le CIRDI est plus réticent à les accueillir. Cette différence d'appréciation en fonction de l'instance arbitrale choisie rend encore plus importante la possibilité de choix offerte au plaignant, qui peut ainsi mettre en œuvre de véritables stratégies contentieuses en fonction de ses intérêts et des particularités de l'affaire. Ainsi, le système de l'ALENA semble plus favorable aux acteurs privés que celui de l'OMC, ou encore d'autres structures de coopération telles que le MERCOSUR (2) car il soustrait l'intervention des acteurs privés à l'appréciation de l'État membre en cause, et rééquilibre quelque peu les rapports de forces qui restent cependant toujours en défaveur de la société civile.

⁷⁶⁶ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 163.

⁷⁶⁷ RUBINS (N.), « les innovations arbitrales dans les récents Accords américains de libre-échange : deux pas en avant, un pas en arrière », *RDAI*, n° 8, 2003, pp. 870-873.

⁷⁶⁸ MENÉTREY (S.), *op. cit.*, p. 165.

2 - Le positionnement actuel des acteurs privés dans le cadre du MERCOSUR

Malgré son importance, l'ALENA n'est pas le seul acteur sur la scène juridico-économique en Amérique. En effet, une autre organisation du Sud, le MERCOSUR, doit être prise en compte de par son poids économique qui en fait le troisième marché commun au monde. En effet, le MERCOSUR reconnaît lui aussi des droits aux individus, droits dont la mise en œuvre reste toutefois limitée.

Le Marché commun du Sud (Mercosur) est une communauté économique qui rassemble certains pays d'Amérique du Sud depuis le 26/03/1991 et la signature du traité d'Asunción, accord-cadre complété par des accords spécifiques. Le Mercosur aspire à être un outil de coopération bien plus poussé que l'ALÉNA qui n'est qu'une simple zone de libre échange sans tarif extérieur commun et sans volonté de rapprochement politique ou juridique. Les objectifs du MERCOSUR sont la libre circulation des biens, des services et des facteurs de production, la création d'un tarif extérieur commun et le rapprochement des politiques économiques ainsi que l'harmonisation des législations entre les membres. Ainsi, un mécanisme de règlement des différends a été mis en place par le Protocole de Brasilia du 17/12/1991, modifié par le Protocole d'Olivos du 18 février 2002⁷⁶⁹. De prime abord, le système du Mercosur est interétatique et est principalement tourné vers le commerce, les questions sociales n'étant que marginales. De fait, le Protocole de Las Leñas du 27/06/1992 organisant la coopération et assistance juridictionnelle en matière civile, commerciale, administrative traite aussi des relations issues du monde du travail, mais ses principes n'ont pas tous un effet direct. Seules certaines normes du Mercosur, une fois incorporées au droit interne, ne nécessitent aucune norme supplémentaire de mise en œuvre⁷⁷⁰.

En ce qui concerne le règlement des différends, il convient de souligner en premier lieu que s'il n'y a pas de Cour de Justice du Mercosur, le protocole d'Olivos instaure deux instances de jugement arbitral : un Tribunal arbitral *ad hoc* dans lequel chaque partie choisit son arbitre sur une liste établie en accord avec les autres États membres et un tiers qui présidera l'instance, et un Tribunal permanent de révision du Mercosur siégeant à Asunción (Paraguay) sous l'égide de 5 arbitres et devant lequel toute partie à un différend peut présenter une motion de révision

⁷⁶⁹ SUSANI (N.), *Le règlement des différends dans le MERCOSUR : Un système du droit international pour une organisation d'intégration*, Paris, L'HARMATTAN, 2008, p. 2.

⁷⁷⁰ http://www.univ-paris1.fr/fileadmin/Chaire_Ameriques/Documents_PDF/Celli.01.pdf.

contre la décision du tribunal *ad hoc* d'arbitrage dans les 15 jours suivants la notification de la décision. Si une décision n'est pas respectée, des mesures compensatoires peuvent être prises par l'État auquel l'inexécution porte préjudice. Il peut ainsi être autorisé à suspendre des concessions ou obligations équivalentes dans le secteur affecté.

En effet, la question de l'accès au prétoire des acteurs privés est assez sensible : si le MERCOSUR n'a jamais complètement écarté les particuliers, personnes physiques ou morales, des conditions strictes de recevabilité des requêtes tendent à limiter fortement leur accès au juge. Ainsi, si le Préambule du Traité d'Asuncion prenait en considération ces acteurs dans les objectifs de l'intégration du « cône » Sud destinée à promouvoir la « justice sociale » et à « améliorer les conditions de vie de [ses] habitants »⁷⁷¹, ceux-ci sont d'avantage appréhendés en premier comme devant être associés au processus de création normative et ensuite comme acteurs de la mise en œuvre de ses principes. De fait, le Protocole d'Ouro Preto a créé deux institutions : le Forum économique et social représentant les secteurs économiques et sociaux (art. 28 POP) et la Commission parlementaire conjointe (arts. 22 à 26 du POP) devenu depuis Parlement du Mercosur⁷⁷². Ces deux instances sont à même de représenter dans une certaine mesure la société civile (opérateurs économiques, citoyens). Malgré l'absence de pouvoir décisionnel des acteurs privés, le mécanisme est intéressant car il permet aux particuliers de participer à l'élaboration des normes sans porter atteinte à la structure interétatique de l'organisation.

Si l'importance des acteurs privés est reconnue par le corpus normatif du MERCOSUR, les textes qui leurs confèrent directement des droits sont rares. La question s'est posée pour l'article 7 du Traité d'Asunción qui dispose qu'« en matière d'impôts, taxes et autres contributions internes, les produits en provenance du territoire d'un État membre, jouiront, dans les autres États membres, du même traitement que celui appliqué au produit national ». Même si cette disposition vise les produits et non les opérateurs économiques, elle pourrait être directement invoquée par des opérateurs économiques voulant profiter de ce traitement national en matière d'impôt. De fait, plusieurs tribunaux nationaux ont déjà accueilli de telles plaintes. En revanche, les autres normes de droit dérivé sont généralement rédigées à l'égard des États plutôt qu'aux particuliers. Par exemple, selon l'Accord portant création d'un visa du Mercosur, les États sont tenus de n'imposer aucune condition de nature économique ni

⁷⁷¹ www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-443.html

⁷⁷² Dec. CMC n°23/05, Protocole établissant le Parlement du Mercosur. La Commission parlementaire conjointe du Mercosur, entité de représentation des parlements nationaux, ne représentait qu'indirectement la société civile. A contrario, le Parlement du Mercosur est un organe de représentation des « peuples » (ait. Ier du Protocole).

d'autorisation préalable de travail à certains ressortissants des États membres (chefs d'entreprise, artistes, sportifs, ...) ⁷⁷³. Même si la disposition vise à protéger des personnes privées, elle ne s'adresse pas à elles et ne devrait pas leur conférer de droits invocables.

Comme pour le Benelux (l'union économique entre la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg), la structure entière du MERCOSUR a été construite autour de relations intergouvernementales, sans contact direct entre cette structure et les citoyens. Ainsi, la structure mise en place par le Protocole de Brasilia limite très fortement l'accès privé direct au mécanisme de règlement des différends, lesquels restent limités à des différends entre les États parties ⁷⁷⁴. Les acteurs privés peuvent dans de rares cas déposer une plainte, mais sa recevabilité sera soumise à des restrictions spéciales qui se rapprochent de la protection diplomatique. Ainsi, un acteur privé ne pourra contester qu'une mesure étatique illicite lui causant un préjudice. De plus, il devra prouver le dommage subi, alors même que les juridictions du MERCOSUR ne visent pas la réparation du préjudice ⁷⁷⁵. Il devra également respecter des conditions de résidence (rattachement à un État membre en fonction du domicile). En effet, sa plainte sera d'abord examinée par son État de résidence, qui décidera ou non de la soumettre aux juridictions du MERCOSUR. Si tous les auteurs ne s'entendent pas quand au caractère discrétionnaire ou non de l'appréciation faite par l'État ⁷⁷⁶, dans tous les cas celui-ci dispose d'une grande marge d'appréciation qui peut être défavorable au justiciable privé ⁷⁷⁷.

Le chapitre V du Protocole de Brasilia fait référence aux plaintes déposées par des parties privées, ce qui pourrait amener à conclure (à tort) que les parties privées ont un accès direct en tant que parties au mécanisme de règlement des différends. Le fait est, cependant, qu'ils ne l'auront pas, sauf par l'intermédiaire de leur section nationale du Groupe du marché commun ⁷⁷⁸. De plus, le rôle de ces acteurs n'est pas neutre, puisque d'autres facteurs pèsent sur les options politiques et sociales qu'ils présentent. Le problème posé à l'échelle internationale par les « nouveaux nationalismes » sud-américains (surtout au Venezuela) est

⁷⁷³ Ait. 3, S 3, Dec. CMC n° 16/03, Accord pour la création d'un visa Mercosur du 16 déc. 2003. Voir aussi Dec. CMC n°46/00, Installation de voies privilégiées d'entrée dans les aéroports pour les citoyens du Mercosur (l'obligation incombe aux États) des 14-15 déc. 2000 ou encore Dec. CMC n°48/00. Accord sur une exemption de visa entre États membres du Meivosurdes 14-15 déc. 2000.

⁷⁷⁴ Conseil du Marché commun, 17/12/1991.

⁷⁷⁵ TAH, SA du 27/09/1999, Argentine / Brésil

⁷⁷⁶ BAPTISTA (L. O.) « As soluções de divergências no Mercosul », Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

⁷⁷⁷ http://ctrc.sice.oas.org/geograph/south/mstit2_e.pdf.

⁷⁷⁸ BAPTISTA, (L. O.). *Mercosur, its institutions and juridical structure. Foreign Trade Information System*, <http://www.iilj.org/GAL/documents/cunha.pdf>., consulté le 16/01/2013.

susceptible d'affecter le développement actuel du Mercosur. Au final, si l'acteur privé est considéré par le système du MERCOSUR comme un des destinataires des normes communautaires, il n'en reste pas moins un bénéficiaire marginal dont l'action contentieuse est très ténue.

Une analyse plus générale des autres structures (ALENA, OMC,...) menant à des observations similaires, il convient de conclure que le justiciable privé n'est pas le bienvenu devant le juge international, comme le déplorent Dominique Carreau et Patrick Juillard lorsqu'ils déclarent que « dans ces conditions, les groupes de pression ont de beaux jours devant eux »⁷⁷⁹.

Après avoir étudié plusieurs exemples des organisations internationales d'intégration économique et le rôle octroyé aux opérateurs privés selon ces accords, il nous semble primordial d'étudier également la situation de ces acteurs au sein des organisations internationales de défense des droits de l'homme afin de comparer les points différents entre ces organisations (paragraphe II).

Paragraphe II - Auprès des tribunaux internationaux de protection des droits de l'homme

A priori, les individus sont la pierre angulaire de la structuration de toute société à l'échelle interne comme internationale. Toutefois, la situation des individus est différente selon la société concernée. À l'échelle interne, l'individu est sujet de droit au sens où toutes les normes juridiques le concernent directement ou indirectement. À l'échelle internationale l'individu est principalement objet de droit par le biais des sujets principaux de droit international qui sont les États et les organisations internationales. Mais l'individu est considéré comme un sujet de droit international quand des normes internationales le concernent directement, comme dans le domaine des droits de l'homme par exemple. Il convient d'étudier les principaux systèmes de protection des droits de l'homme pour les individus comme le système européen et le système américain.

⁷⁷⁹ CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2003, p. 68.

En ce qui concerne l'Europe, la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, plus connue sous le nom de Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH), a été le premier traité du Conseil de l'Europe à protéger les droits de l'homme, ainsi que le premier traité international relatif aux droits de l'homme à avoir des mécanismes d'application concrets. Il est inspiré de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de l'ONU (1948). Seuls les membres du Conseil de l'Europe peuvent être signataires de la CEDH. La Cour européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) a été mise en place en même temps que la CEDH (A) le 3/09/1953. Située à Strasbourg, la Cour européenne des Droits de l'Homme est compétente auprès des États membres du Conseil de l'Europe qui ont décidé d'accepter sa juridiction. Les juges sont élus à la Cour par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe pour un mandat de 9 ans non renouvelable.

De l'autre côté, le système américain a été mis en place par l'Organisation des États Américains et a beaucoup évolué durant les dernières décennies. Il se fonde sur deux instruments principaux, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (1948) et la Convention américaine des droits de l'homme (1969). Les États parties subissent un double contrôle du respect de leurs obligations en matière de droits de l'homme: appliqué par la Commission interaméricaine des droits de l'homme (siégeant à Washington D.C.) mais aussi par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (siégeant à San José du Costa Rica) (B).

A - La place de l'individu auprès de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'Homme est un organe international permanent qui garantit le droit à un recours en matière de droits de l'homme à tous les citoyens membres d'un État partie à la Convention. Cette juridiction indépendante effectue un contrôle de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme à l'échelle supranationale. La « nouvelle »⁷⁸⁰ cour européenne des droits de l'homme fut créée en 1998⁷⁸¹. Dans sa

⁷⁸⁰ L'expression nouvelle désigne ici la cour telle qu'il a été reformé à partir de 1996.

déclaration de Strasbourg en 2008, le président de cette cour, Jean-Paul Costa, a déclaré qu'un pas important pour la protection internationale des droits de l'homme avait été réalisé. Il a ajouté que : « De grands progrès ont été accomplis au cours des dix dernières années, qui ont vu plus de 9 000 arrêts rendus et la jurisprudence en matière de droits de l'homme évoluer vers un langage commun compris et employé par les professionnels du droit et par d'autres dans toute l'Europe et au-delà. Il est de la plus haute importance que la Cour puisse continuer de jouer pleinement son rôle de garante de la démocratie et de l'État de droit dans les 47 États sur le territoire desquels s'étend sa compétence »⁷⁸².

Le mécanisme instauré par la Convention européenne des droits de l'homme permet à chaque individu de saisir directement la cour et de mettre en cause un État partie. Cette saisine directe a provoqué de nombreux débats lors de l'établissement de la Cour internationale de justice et de la Cour permanente de justice internationale. Ainsi, une majorité des juristes du comité responsable de la rédaction des statuts de ces cours ont rejeté l'idée d'une saisine directe. Pour eux, l'individu n'est pas un sujet de droit international au même titre que les États, position pourtant critiquée par une partie de la doctrine. La question du recours individuel à la Cour européenne des droits de l'homme a été abordée pour la première fois lors du Congrès européen de mai 1948. Toutefois, cette possibilité a été rapidement refusée lors de l'élaboration du projet de la convention européenne des droits de l'homme, au motif que la Commission européenne des droits de l'homme et les États devaient être considérés comme les vrais responsables de la protection de l'individu.

Avec l'entrée en vigueur du Protocole n°11 le 1/11/1998, l'individu a obtenu le droit de saisir directement la Cour EDH. La saisine s'effectue par une simple lettre rédigée dans une langue des pays membres de la convention, et une égalité de traitement avec l'État lors des procédures auprès de la Cour a été consacrée par ce Protocole. La Cour peut être saisie directement par toute personne, sans que la représentation par un avocat soit nécessaire au début de la procédure (actuellement, environ 30% des recours sont déposés par un avocat), qui est gratuite. L'assistance d'un avocat devient en revanche indispensable lorsque l'affaire est communiquée au Gouvernement défendeur pour observations ; une aide juridictionnelle peut être allouée aux requérants si leur situation le requiert.

⁷⁸¹ La Cour européenne des droits de l'homme a été créée à Strasbourg par les États membres du Conseil de l'Europe en 1959 afin de connaître des allégations de violation de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

⁷⁸² www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/The+Court/Events+at+the+Court/10+years+of+the+new+Court/, consulté le 17/01/2013.

Contrairement à l'OMC, un individu peut saisir directement la Cour EDH. Cependant, ce droit de recours n'est pas absolu, et se prête à des limitations procédurales fixées par les États parties⁷⁸³, qui jouissent d'une certaine marge d'appréciation⁷⁸⁴. En revanche, les limitations éventuelles ne doivent pas priver le requérant d'un recours effectif devant la Cour. De fait, le droit protégé ne doit pas se voir vidé de sa substance par des contraintes procédurales trop strictes⁷⁸⁵, qui doivent donc obéir à des exigences de proportionnalité. De même, la victime doit être personnellement et directement touchée par une violation de la Convention et avoir subi un préjudice sérieux, sa requête devant être déposée dans les six mois suivant la dernière décision de la plus haute juridiction de son pays. La requête individuelle est en effet sujette dans sa recevabilité à la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Le recours au mécanisme de protection des droits de l'homme à la Cour EDH peut aussi être effectué par un État membre (article 33 de la CEDH). Malgré les espérances des rédacteurs de cette Convention, le nombre des requêtes étatiques reste faible⁷⁸⁶. D'un autre côté, les recours individuels se sont multipliés depuis l'entrée en vigueur du Protocole 11 en 1998 et l'augmentation du nombre d'adhésions au Conseil de l'Europe. Cette nouveauté a été considérée par la Cour comme faisant partie « des clefs de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits de l'Homme »⁷⁸⁷ et comme un droit absolu et sans entraves intégré au « paquet européen ». Aujourd'hui, presque 800 millions d'européens ont le droit de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, chiffre important mais problématique car risquant de conduire à une saturation de l'institution. En effet, le nombre d'affaires que la Cour doit juger dans des délais raisonnables n'est pas extensible. Il semble intéressant de comparer avec d'autres juridictions existantes. Par exemple, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu 638 arrêts en 2011⁷⁸⁸. En revanche, la Cour EDH en a rendu presque 1157 au cours de la même année et adopté plus de 50677 décisions d'irrecevabilité des requêtes⁷⁸⁹. Le fait que la majorité des affaires soient simples et répétitives entraîne une perte de temps et une surcharge de travail de la Cour. Le Conseil de l'Europe tente de trouver des solutions à ce problème et d'envisager des réformes à court et à moyen termes⁷⁹⁰.

⁷⁸³ Cour EDH 21 novembre 2001 *Fogarty c. Royaume-Uni*

⁷⁸⁴ Cour EDH 17 janvier 2006, *Barbier c. France*

⁷⁸⁵ Cour EDH 21 mai 2002 *Peltier c. France*

⁷⁸⁶ www.senat.fr/rap/r11-705/r11-705_mono.html#toc44, consulté le 13/11/2012.

⁷⁸⁷ CEDH, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*.

⁷⁸⁸ Curia, Rapport annuel de la Cour de Justice de l'Union Européenne, 2011.

⁷⁸⁹. La Fédération de Russie, la Turquie, l'Italie, la Roumanie et l'Ukraine sont les plus gros « consommateurs » de requêtes. Cour européenne des droits de l'homme, analyse statistique 2011.

⁷⁹⁰ http://www.senat.fr/rap/r11-705/r11-705_mono.html#toc44, consulté le 11/12/2012.

Si l'on considère la fermeture des voies de recours aux acteurs privés au sein de l'OMC, une originalité de la Cour européenne des droits de l'homme réside dans le droit de recours direct accordé aux individus à un niveau supranational. Elle assure en permanence la promotion et la sauvegarde des droits de l'homme en Europe mais ce succès n'était pas sans difficultés procédurales et matérielles, qui ont pu servir d'arguments aux détracteurs de la saisine privée à l'OMC qui craignaient un engorgement de l'institution. Cet exemple du succès dans le continent européen trouve son analogue dans le continent américain (B).

B - La place de l'individu auprès de la Cour interaméricaine des droits de l'homme

La Cour interaméricaine des droits de l'homme est l'un des deux organes de défense des droits de l'homme de l'Organisation des États américains⁷⁹¹ avec la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Elle fut créée en 1978 par l'article 33 b de la Convention américaine des droits de l'homme⁷⁹², et est composée de sept juges élus pour un mandat de six ans renouvelable une fois. Siégeant à San José (Costa Rica), la Cour joue un rôle important notamment pour la sauvegarde des droits de l'homme dans les pays des continents américains⁷⁹³. Elle a en effet une double fonction, d'arbitrage et de conseil.

Les fonctions consultatives de la Cour sont mises en œuvre sur demande de la Commission ou d'un État partie à la Convention américaine ; elles ont pour objectif l'interprétation des articles de la Convention américaine mais aussi ceux d'autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Dans le cadre de ses fonctions contentieuses, la Cour prend des décisions, des mesures de protection et prononce des condamnations dans les cas de violation des droits de l'homme. Toutefois, la Cour ne peut condamner un État en cause qu'après qu'il ait autorisé auparavant la Cour à connaître de ces affaires (afin de s'assurer de

⁷⁹¹ Article 33 de la Convention Américaine des droits de l'homme : « Sont compétents pour connaître des questions relatives à l'exécution des engagements contractés par les Etats parties à la présente Convention :

a. La Commission interaméricaine des Droits de l'Homme, dénommée ci-après la Commission, et

b. la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, dénommée ci-après la Cour ».

⁷⁹² Adoptée en 1969, la Convention américaine des droits de l'homme (CADH) a été ratifiée, à ce jour, par 25 des 35 États que compte l'Organisation des États américains. La dénonciation du traité par Trinité-et-Tobago diminue le nombre d'États parties à 24. Les États-Unis, le Canada, et la plupart des États anglophones des caraïbes n'ont pas ratifié la Convention qui apparaît de fait comme un instrument principalement latino-américain.

⁷⁹³ <http://www.crin.org/docs/resources/Fran%C3%A7ais/MR/CIA.asp>.

l'*automatisme* de sa compétence obligatoire). En cas de refus de la compétence de la Cour, l'affaire doit être portée devant la Commission interaméricaine. Si l'État n'a pas ratifié non plus la Convention américaine, la Commission doit appliquer la Déclaration américaine des droits de l'homme⁷⁹⁴. Si l'État accepte la fonction contentieuse de la Cour, il peut choisir d'être engagé au moment de la ratification de la Déclaration américaine ou à une date ultérieure, voire même juste pour un cas spécifique (compétence *ad hoc*).

Selon l'article 61.1 de la Convention américaine des droits de l'homme, seuls la Commission interaméricaine et les États parties à cette Convention américaine peuvent soumettre leurs requêtes directement à la Cour. La société civile - un individu, un groupe ou une organisation - doit déposer au préalable une requête devant la Commission interaméricaine. Si la requête remplit un certain nombre de condition et lorsque la Commission considère l'affaire admissible, elle la transmettra à la Cour. Une possibilité est ouverte aux organisations de la société civile de solliciter l'adoption de mesures provisoires. Ces dernières sont des ordres prononcés par la Cour afin de protéger les victimes ou une autre partie pendant le traitement de l'affaire. De fait, l'organisation peut présenter la demande directement à la Cour mais juste après qu'elle soit saisie de l'affaire. En revanche, si l'affaire n'est pas connue de la Cour, l'organisation devra demander à la Commission de prononcer des mesures préventives. Il existe une autre manière de solliciter la fonction consultative de la Cour (l'interprétation de la Convention), à savoir quand l'acteur privé présente des déclarations écrites sous le nom de tierce intervention ou *amicus curiae* sur un point précis. Malgré cela, la Cour, reste libre de prendre ou non ces avis en compte.

La Cour a déclaré lors de l'affaire Yvon Neptune - Haïti (Arrêt du 6 Mai 2008) que « selon la Convention américaine, les États Parties sont obligés de fournir des recours judiciaires effectifs aux personnes qui allèguent être victimes de violations des droits de l'homme (article 25 de la Convention américaine des droits de l'homme) »⁷⁹⁵, ce recours devant respecter

⁷⁹⁴ En effet, la juridiction de la Cour reste limitée. Elle peut uniquement entendre des cas quand le pays impliqué a ratifié la Convention américaine sur les droits de l'homme et aussi accepté la juridiction facultative de la Cour (depuis 1992, seulement 13 des 35 nations ont signé cette juridiction facultative), <http://www.hrea.org/fr/education/guides/OEA.html>, consulté le 01/12/2012.

⁷⁹⁵ Article 25, 2 de la Convention américaine des droits de l'homme, (Les États parties s'engagent:

- a. garantir que l'autorité compétente prévue par le système juridique de l'État statuera sur les droits de toute personne qui introduit un tel recours;
- b. à accroître les possibilités de recours judiciaire;
- c. à garantir que les autorités compétentes exécuteront toute décision prononcée sur le recours).

les règles du procès juste et équitable (article 8.1). Ces responsabilités étatiques découlent de l'obligation générale de garantir le libre et plein exercice des droits accordés par la Convention aux personnes qui se trouvent sous sa juridiction (article 1.1)⁷⁹⁶. La seule existence du recours n'est pas suffisante, il doit être effectif et il amène à des réponses concrètes aux violations de droits protégés dans la Convention⁷⁹⁷. Il est à noter que ce type de formulation tout comme une partie des principes énoncés se retrouvent dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme, traduisant une conception occidentale de la sauvegarde des droits de l'homme et de sa concrétisation juridictionnelle.

Il existe, comme nous venons de le démontrer, des systèmes juridiques dans lesquels l'individu est considéré comme sujet de droit international et non comme simple objet de droit. Ainsi, dans le domaine des droits de l'homme, la protection des personnes privées se fait à un double niveau : par portage étatique d'une part, mais aussi et c'est bien là l'innovation majeure, par l'action directe de la personne privée lésée. Si de telles actions sont possibles pour la protection des droits de l'homme dans certaines régions du globe, il devrait pouvoir en être aussi ainsi dans d'autres domaines, tels que le domaine de l'activité économique (par exemple via l'OMC).

Nous avons vu antérieurement que le positionnement des individus diffère d'une organisation à une autre ou d'une institution à une autre. Ils peuvent rencontrer auprès de la même organisation ou région plusieurs voies de recours ouvertes à eux et certaines autres fermées. Il nous semblait indispensable de conduire cette comparaison afin de bénéficier des expériences des autres institutions et organisations en action. Nous constatons ainsi la situation arriérée de l'individu au sein de l'OMC par rapport aux autres organisations internationales. Nous relevons également une position plus forte et avancée de l'individu dans le domaine des droits de l'homme contrairement au domaine du commerce.

L'amélioration globale du cadre d'action des acteurs privés laisse entrevoir, pour le futur, des perspectives favorables à leur intervention (Titre II).

⁷⁹⁶ Affaire Velásquez Rodríguez c. Honduras. Exceptions Préliminaires. Arrêt du 26 juin 1987. Serie C No. 1, § 91.

⁷⁹⁷ Garanties judiciaires en période d'état d'urgence (arts. 27.2, 25 et 8 Convention américaine des Droits de l'Homme). Opinion Consultative OC-9/87 du 6 octobre 1987. Serie A No. 9, § 24.

TITRE II - Une extension espérée du rôle des acteurs privés à l'OMC

La participation accrue des acteurs privés au jeu socio-économique mondial est devenue évidente. Pourtant, leur représentation au sein des établissements internationaux ne répond pas toujours à leurs ambitions. Il apparaît que l'évolution de l'état du droit prend la direction vers l'extension du rôle des acteurs privés. En effet, ceux-ci pourraient se voir accorder un droit plus important de porter plainte à l'OMC (Chapitre I). Cependant, cette éventualité est loin d'être unanimement acceptée et fait l'objet d'une polémique (Chapitre II).

CHAPITRE I - Les potentialités de l'extension du droit des acteurs privés de porter plainte auprès de l'OMC

En principe, l'individu n'a ni droit ni obligation à l'égard de l'OMC. Les membres de cette organisation croient toujours que le fait d'octroyer un accès direct aux acteurs privés s'oppose à l'intérêt de l'État. Le but de ce chapitre est de surmonter cette opposition et ainsi lever les craintes étatiques quant à un accès direct des acteurs privés au mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Il s'agit de montrer que cette extension ne provoquera pas une élimination du rôle de l'État comme médiateur des intérêts divergents dans le système commercial mondial. Vu la faible expression des acteurs privés sous la forme de l'*amicus curiae* ou les autres formes de présence privée indiqués précédemment dans notre travail, une extension visant à mieux placer les acteurs privés au cœur de cette organisation et à renforcer leur capacité juridique internationale doit être préconisée.

Il convient d'aborder dans la première section la nature du régime spécial de responsabilité internationale des membres de l'OMC, afin d'étudier les modalités juridiques et les procédures d'une éventuelle extension du droit de porter plainte à l'OMC (Section I). Cette extension exigerait la reconnaissance d'un droit aux acteurs privés d'invoquer la responsabilité internationale des membres de l'OMC. Nous allons aborder aussi la procédure de modification du Mémoire d'accord et les modalités d'opération possibles de l'extension. La reconnaissance du droit des investisseurs étrangers d'invoquer la

responsabilité internationale de l'État, indiquée dans notre étude comparative, va engendrer des problématiques. Elle contribuera également à l'évolution des effets juridiques potentiels d'un tel élargissement à l'OMC, au niveau du statut juridique des acteurs privés et du droit international public général (Section II).

Section I - Les aspects juridiques de l'extension du recours des acteurs privés à l'OMC

Compte tenu de la difficulté du sujet, il est nécessaire de bien étudier les aspects juridiques multiples de l'extension éventuelle du recours des acteurs privés au sein de l'OMC. En premier lieu, nous allons aborder la forme juridique d'une intervention directe et la possibilité d'effectuer des modifications du mécanisme de règlement des différends à l'OMC (Paragraphe I). En second lieu, nous allons aborder les différentes modalités de cette extension éventuelle, soit au niveau matériel, soit au niveau personnel (Paragraphe II).

Paragraphe I - Les procédures nécessaires du mécanisme de règlement des différends à l'OMC

Lors de la discussion sur l'extension éventuelle du droit des acteurs privés de porter une plainte aux prétoires de l'OMC, plusieurs aspects juridiques apparaissent. Le positionnement juridique prévu de l'acteur privé est prometteur mais ce serait oublier les difficultés multiples qu'il va rencontrer (A). Aussi et afin de réaliser l'extension du rôle de l'acteur privé dans le système de règlement des différends de l'OMC, plusieurs modifications du Mémoire et décisions doivent être réalisées afin d'accepter une telle extension (B).

A - La forme juridique d'un recours privé à l'OMC

Contrairement au GATT de 1947 dont l'absence de personnalité juridique a longtemps affaibli sa normativité et l'a isolé par rapport au droit international général, le caractère certain de la personnalité de l'OMC favorise l'émergence de nouveaux aspects juridiques du règlement des différends commerciaux internationaux. Le régime de responsabilité des membres de l'OMC a fourni un pont normatif entre la juridicisation des relations commerciales internationales et la juridictionnalisation du contentieux international. L'extension du droit de saisine des acteurs privés les impliqueraient de plus en plus dans la mise en œuvre du droit international conventionnel.

Une autre voie facultative qui aide les acteurs privés à porter leur différend à l'échelle internationale est disponible. Il s'agit de l'arbitrage international⁷⁹⁸, qui malheureusement n'a jamais été utilisé pour l'instant. Auprès de cette instance internationale, l'acteur privé pourrait obtenir le jugement déclaratoire instaurant l'engagement de la responsabilité internationale d'un membre de l'OMC⁷⁹⁹. De plus, les développements qui se sont produits dans le nouveau droit international de l'investissement direct à l'étranger nous montrent que l'arbitrage international est vraiment réceptif à l'accroissement de la capacité internationale des acteurs privés dans les différends internationaux mixtes. Cette voie arbitrale est donc bien adaptée aux acteurs privés⁸⁰⁰.

Comme le régime spécial de la responsabilité de l'OMC ne s'intéresse pas au préjudice matériel qui pourrait résulter de la violation des accords de l'OMC, les acteurs privés ne pourraient donc pas saisir l'OMC afin d'obtenir la réparation des dommages matériels ou moraux qu'ils ont subi après la violation des accords de l'OMC par un de ces membres. Le régime spécial de la responsabilité au sein de cette organisation ne permet pas aux acteurs privés d'agir en tant que parties lésées dans une situation de violation ou de non-violation des accords de l'OMC (seul l'État membre touché jouit d'un tel droit)⁸⁰¹. Les acteurs privés

⁷⁹⁸ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, 2007, p. 491.

⁷⁹⁹ Le jugement déclaratoire se distingue du jugement déclaratif en ce qu'il n'est pas exécutoire, ne comporte ni condamnation ni ordonnance sans l'octroi de dommages ou d'ordonner de faire quelque chose.

⁸⁰⁰ En effet, la voie de recours étatique à l'arbitrage existait dans la Charte de La Havane instituant une organisation internationale du commerce (ce traité n'est jamais entré en vigueur), le GATT de 1947 et le Mémoire de Montréal.

⁸⁰¹ Dans le cadre du chapitre 11 de l'ALENA les plaintes privées et étatiques sont interdites dans la situation de non-violation.

doivent agir à un autre titre qu'une partie membre lésée⁸⁰², c'est-à-dire comme simples bénéficiaires des accords de l'OMC. En évoquant le principe de l'effet indirect des accords, la jurisprudence de l'OMC a de fait reconnu le statut de bénéficiaires de ces accords aux acteurs privés⁸⁰³. De plus, même les États non-lésés se sont vu reconnaître un droit d'engager la responsabilité d'un autre État-membre, ce qui montre bien l'existence d'un environnement juridique favorable à l'octroi d'un tel droit à des tierces personnes, comme les acteurs privés.

La situation devient plus délicate vis-à-vis de la reconnaissance du droit des acteurs privés d'invoquer la responsabilité de l'État dans un contexte de non-violation. Les acteurs luttent dans ce cas afin d'obtenir un jugement déclaratoire et la réparation du préjudice subi non pas par eux mais par leur État, en le laissant négocier un accord mutuellement acceptable. Le jugement déclaratoire sert ainsi à mettre la pression sur les membres de l'OMC touchés par l'acte afin qu'ils négocient une réparation. Le besoin de la présence d'un État membre existe donc toujours dans la phase de négociations interétatiques. Il semble ainsi que la rareté des plaintes en situation de non-violation et la difficulté d'invoquer la responsabilité internationale de l'État pour le fait licite rendent la reconnaissance de l'action privé plus compliquée.

À l'OMC, la théorie de la protection diplomatique n'est applicable aux opérateurs privés qu'en amont de la saisine de l'ORD par l'État; celles-ci ne seraient donc pas obligées de suivre la règle de l'épuisement des recours internes car la responsabilité internationale du membre de l'OMC serait directement invocable en raison du caractère immédiat du préjudice. En principe, rien non plus n'empêcherait les acteurs privés d'invoquer la responsabilité de leur propre État de nationalité, car ils agiraient à titre d'entité autre que lésée et sur la base du préjudice que leur aurait causé leur État. En ce qui concerne les contre-mesures économiques, seul le membre qui a vu ses avantages réellement annulés ou réduits pourra agir. Cela implique que seul l'État de la nationalité⁸⁰⁴ de l'acteur privé pourra agir comme c'est le cas par exemple pour l'ALENA.

⁸⁰² CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 492.

⁸⁰³ *Ibid.* p. 493.

⁸⁰⁴ Cette affirmation ne vaut que pour les acteurs n'ayant qu'une seule nationalité ; la situation devient en effet beaucoup plus complexe dans le cas d'une personne plurinationale surtout si la protection diplomatique entre en jeu (KLEIN P., « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non responsabilité », *RBDI*, vol. 21, 1988, p. 184).

L'acteur privé doit nécessairement être attaché à un État membre de l'OMC, sinon un acteur privé d'un État tiers pourrait bénéficier de certains avantages du système commercial multilatéral sans que son propre État ne soit assujéti aux mêmes obligations, ce qui serait injuste vis-à-vis des entités des pays membres de l'OMC. Dans le domaine économique, l'acteur privé reste sous la protection absolue de son État de nationalité contrairement au domaine de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. Ainsi, il est impossible en réalité de porter plainte contre son propre État de nationalité. Par contre, les entités privées peuvent agir contre leur propre État devant les juridictions internes, comme le montre le concept de l'effet direct dans l'Union Européenne.

Dès lors que les conditions de la responsabilité internationale du membre de l'OMC sont réunies, celui-ci sera obligé de cesser la violation ou, en cas de non-violation, il aura à sa charge une obligation secondaire spéciale de réparation. Or, au sein des relations commerciales internationales, l'acteur privé pourrait parfaitement agir au stade de l'invocation de la responsabilité mais sa capacité deviendrait problématique au stade de la mise en œuvre. Ainsi, un processus juridique de modification du mécanisme de règlement des différends semble nécessaire (B).

B - La matérialisation des modifications du mécanisme de règlement des différends à l'OMC

Une modification du Mémorandum d'accord sera nécessaire afin que les acteurs privés puissent invoquer la responsabilité internationale des membres de l'OMC. L'accord créant ladite organisation dispose que la modification du Mémorandum aura lieu par consensus au sein de la Conférence ministérielle, ce qui rend les démarches du processus formel de ratification des traités par chacun des membres de l'OMC superflues⁸⁰⁵. Pendant la Conférence, chaque membre est susceptible de suggérer une proposition de modification ; ceux-ci pourront prendre leur décision sans l'intervention des parlements nationaux.

⁸⁰⁵ JACKSON (J. H.), « Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems », Oxford University Press, *JIEL*, vol. 1, n° 3, 1998, pp. 330-333.

Toutefois, après la signature de l'accord modifiant le Mémorandum d'accord, ceux-ci devront le ratifier ou autoriser sa ratification en fonction des procédures constitutionnelles internes en vigueur dans les États membres.

En réalité, la simple décision consensuelle au sein de la Conférence ministérielle visant à élargir le droit de porter plainte à l'OMC et permettant ainsi l'octroi de droits processuels importants aux grandes entreprises multinationales et aux sociétés de taille moins importantes n'améliorerait certainement pas les relations entre l'OMC et la société civile transnationale. La faisabilité politique d'une telle modification nous semblerait difficile en raison de la demande d'un niveau suffisant de transparence de la société civile et la réclamation de plus de participation citoyenne dans un environnement de mondialisation économique. Il s'avère aussi que les sensibilités étatiques sont variées quant à la modification du Mémorandum d'accord vers une ouverture probable aux acteurs privés dans le système commercial actuel⁸⁰⁶.

Une autre proposition pourra aussi ouvrir la porte aux acteurs privés à l'échelle internationale. Il s'agit de l'inclusion d'un accord commercial plurilatéral, qui prévoirait l'extension du droit de porter plainte en faveur des acteurs privés des États concernés par ces engagements. Cet accord commercial plurilatéral permettrait à un groupe de pays leaders membres de l'OMC, qui partagent les mêmes ambitions, d'aller plus loin vers l'extension sans lier les autres membres⁸⁰⁷. Selon cette suggestion, le nouvel accord serait conclu conformément à leur droit interne. Ce mécanisme pourrait permettre une plus grande participation de la société civile dans les débats politiques pendant le déroulement du processus de conclusion des traités.

Afin de réaliser la suggestion indiquée plus haut, le soutien des membres de l'OMC non adhérents à l'accord de modification doit malgré cela exister, car l'intégration de l'accord commercial plurilatéral ne peut être réalisée que par le biais d'un consensus au sein de la conférence ministérielle⁸⁰⁸. Un tel accord devrait répondre à plusieurs critères afin de réaliser un consensus sur son intégration aux accords de l'OMC : il devrait comprendre un nombre substantiel de membres pour aboutir, il devrait aussi être ouvert aux autres membres, ses coûts financiers devraient être supportés uniquement par ses membres adhérents. Enfin,

⁸⁰⁶ STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *op. cit.*, pp. 270-274.

⁸⁰⁷ JACKSON (J. H.), « The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System », *JWT*, n° 1, 1978, pp. 104-105.

⁸⁰⁸ Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U.3, 33 I.L.M. 844, préambule, al.1.

l'homogénéité avec les autres accords de l'OMC est également indispensable⁸⁰⁹. Cependant, ce dernier critère n'est pas vraiment compatible avec les principes de l'exclusivité et de l'unicité du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Par conséquent, le Mémorandum d'accord doit aussi être modifié afin de permettre l'achèvement de l'élargissement plurilatéral du droit de porter plainte à l'OMC. C'est dans la Conférence ministérielle qu'une telle modification doit être prise par une décision consensuelle.

Afin de réaliser l'extension du rôle de l'acteur privé dans le cadre du système de règlement des différends de l'OMC, plusieurs modifications essentielles du Mémorandum doivent être décidées. Des modalités potentielles de cette extension, relatives au caractère personnel du recours privé ou même au caractère matériel du recours privé à l'OMC sont réalisables (paragraphe II).

Paragraphe II - Les modalités potentielles d'extension d'un recours privé à l'OMC

Avant d'élaborer l'extension de recours des acteurs privés à l'OMC, il nous semble important d'étudier les différentes modalités et conditions qu'ils doivent respecter ainsi que les exemples concrets d'autres organisations et pays (A). Une étude élaborée sur les impératifs matériels qui conditionnent leur recevabilité sera également un atout (B).

⁸⁰⁹ JACKSON (J. H.), « Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems », *op. cit.*, pp. 345-351.

A - Le caractère personnel du recours privé à l'OMC

La question de la possibilité d'agir contre un État doit obéir à des règles inhérentes à la personnalité de l'acteur privé. En effet, plusieurs auteurs se demandent qui pourrait être titulaire en tant qu'acteur privé du droit d'invoquer la responsabilité d'un membre de l'OMC. La réponse à cette interrogation n'est pas évidente. Il convient de rappeler en premier lieu qu'un acteur privé ne pourra exercer ce recours contre son propre État de nationalité. Les utilisateurs des produits et des services importés, résidant dans le pays importateur dont le commerce est entravé, ne pourraient ainsi pas bénéficier d'un droit d'action.

Le recours reste parfois envisageable, on imagine même instaurer un recours privé qui serait soit de portée universelle, c'est-à-dire ouvert à tout acteur privé de nationalité d'un membre de l'OMC, soit de portée plurilatérale, forcément plus limité, qui serait ouvert seulement aux nationaux d'un groupe de pays volontaires ayant des conventions basées sur la réciprocité. Si le recours privé universel semble plus cohérent avec l'esprit de mécanisme de règlement des différends de l'OMC ainsi qu'avec l'homogénéité des principes du commerce international, un recours plurilatéral serait en revanche plus réaliste quant à sa faisabilité.

Les acteurs privés poursuivant la défense d'intérêts non lucratifs comme par exemple les syndicats, les ONG nationales ou internationales qui s'occupent de la protection de la santé ou encore de l'environnement, ne peuvent pas agir directement à l'OMC en tant que plaignants. Ils peuvent actuellement participer par la voie de l'*amicus curiae* qui est une procédure spécifique devant l'ORD. L'extension du droit d'agir en faveur des acteurs privés peut être complémentaire au système actuel de l'*amicus curiae*. Dans l'hypothèse d'un litige dans lequel les intérêts de l'État ne sont pas affectés contrairement aux acteurs privés, ces derniers pourront avoir une autorisation préalable pour mettre en œuvre une plainte avec un exercice effectif de recours afin que des contre-mesures soient entreprises.

Plusieurs auteurs suggèrent l'instauration d'un recours privé direct, absolu et presque inconditionnel comme il est admis dans l'ALENA. De fait, le chapitre 11 de cette dernière prévoit la possibilité d'un recours direct et immédiat offert à l'acteur privé, à condition toutefois de respecter une période de gel de six mois entre la commission du fait générateur internationalement illicite et la soumission de la plainte à l'arbitrage. Le chapitre 11 cherche ainsi une conciliation entre le respect des droits des acteurs privés et la mise en œuvre d'un

règlement amiable de litige international. Le requérant privé doit logiquement renoncer à son droit d'engager des poursuites judiciaires dans l'ordre juridique interne de l'État défendeur afin d'éviter d'être indemnisé deux fois pour le même préjudice matériel⁸¹⁰. En effet le cas de double dédommagement de l'acteur privé produirait un enrichissement injustifié qui serait contraire aux principes généraux du droit.

Un autre exemple cité par les auteurs est celui de l'ACI⁸¹¹ dans lequel le recours privé est de portée générale et vise à constater la violation de l'Accord et obtenir sa cessation. Au Canada, le gouvernement provincial jouit d'un droit de contrôle d'accès puisque l'acteur privé doit d'abord lui demander d'engager la procédure de règlement des différends pour son compte. Si la demande est acceptée, le recours privé pourra être considéré comme un signalement des violations de l'ACI. Par contre, si le gouvernement refuse d'agir, la plainte privée doit être obligatoirement autorisée par un examinateur indépendant afin d'éliminer les plaintes abusives ou infondées déposées uniquement pour harceler le gouvernement canadien⁸¹².

Après avoir étudié différentes modalités et conditions à respecter lors d'un recours privé possible dans l'OMC et les exemples dans d'autres organisations et pays, il reste à étudier les impératifs matériels qui conditionnent leur recevabilité (B).

B - Le caractère matériel du recours privé à l'OMC

Le recours de l'acteur privé qui est possible dans l'ACI et l'ALENA peut être aussi envisageable dans le cadre de l'OMC. Cette voie reste toutefois soumise à un contrôle étatique préalable, ce qui refléterait l'importance de la diplomatie au cœur du mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux par l'organisation. D'un autre côté, un système juridique qui accepte le recours des acteurs privés dans le cadre de l'OMC doit être clair et complet. Cependant, le contrôle de ce recours par les États membres mérite quelques

⁸¹⁰ THOMAS (J. C.), « Investor-State Arbitration under NAFTA Chapter 11 », *ACDI*, vol. 37, n° 99, 1999, p. 126.

⁸¹¹ Accord sur le Commerce Intérieur, signé entre les provinces du Canada et qui bien que texte soit de droit interne obéit à la logique juridique internationaliste.

⁸¹² CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 505.

précisions. Il convient de s'interroger sur la nature du contrôle étatique ; s'agit-il d'un contrôle politique ou juridique ? Est-il *a priori* ou *a posteriori* ?

Le mécanisme préconisé par les juristes vise à garder une certaine mainmise de l'État sur le déroulement de la procédure du recours de l'acteur privé, comme c'est le cas de l'ALENA dans laquelle le contrôle étatique juridique est *a priori*, c'est à dire que l'acteur privé doit informer son pays et être autorisé par celui-ci. Pourtant, l'acteur privé peut affronter un obstacle dans ce cas si l'État visé par sa plainte privée fait pression sur l'État de nationalité afin qu'il refuse l'autorisation du recours. Le contrôle *a posteriori* peut être aussi recommandé dans le cadre de l'OMC car la multiplication du nombre des affaires pourra représenter une charge excessive pour le groupe spécial qui examine les plaintes. L'État pourra donc intervenir et encadrer au moins les recours privés. Par ailleurs l'État peut exercer une autre forme de contrôle: le contrôle politique, qui peut être exercé dans le respect des limites actuelles de la juridictionnalisation du règlement des différends par l'OMC. Enfin, il n'est pas non plus impossible de concevoir un système national de filtre des plaintes, afin de sélectionner celles qui mériteraient un portage étatique à l'instar du mécanisme de filtre pour les QPC en droit français⁸¹³.

L'adoption des rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel est aujourd'hui presque automatique en raison du système du consensus négatif au sein de l'ORD à l'inverse du système du consensus du GATT 47. Dans le système de l'ORD, il faut que tous les membres de l'OMC, y compris les parties au différend refusent ensemble l'adoption du rapport⁸¹⁴. Cette possibilité peut paraître improbable dans un litige entre un acteur privé et un membre de l'OMC dans le cas où l'État de la nationalité de l'acteur qui a gagné n'est pas d'accord avec le rapport à cause de certaines raisons comme par exemple garder des bonnes relations politiques avec les autres pays. La question peut être plus délicate si l'acteur privé exerce son droit d'appel. Ce sera contre qui ? Et sur quel fondement ? Cette éventualité serait dommageable si elle avait lieu pour l'ensemble du mécanisme de règlement des différends à l'OMC.

Pour résumer, la mise en œuvre de la responsabilité coercitive du membre de l'OMC reste donc dépendante en partie pour l'acteur privé du bon vouloir et de l'intervention souveraine de son État de nationalité. Toutefois et malgré les différentes possibilités du contrôle étatique

⁸¹³ Article 61-1 de la Constitution française.

⁸¹⁴ Chapitre 3, article 3.1 du Mémorandum d'accord de l'OMC.

présentées ci dessus, il n'existe à l'heure actuelle pas d'exemples dans lesquels un État ait accordé à un acteur privé le droit général d'invocation de la responsabilité internationale d'un autre État.

Après avoir abordé les aspects juridiques différents du recours privé à l'OMC quant à sa forme, modification, voire même ses modalités potentielles d'exécution, il convient de se pencher sur les effets juridiques émergents de l'action. En effet, une fois les éléments de réforme concrétisés, il importe d'anticiper les effets que ceux-ci pourraient produire (Section II).

Section II - Les effets juridiques émergents de l'extension du recours des acteurs privés à l'OMC

Les effets émergents de l'extension du recours de l'acteur privé à l'OMC sont ramifiés et touchent plusieurs secteurs du droit. Ainsi, il nous semble important d'examiner ses effets sur la prégnance et l'application du droit international dans le système commercial multilatéral, voire même d'étudier l'articulation éventuelle entre les différents voies d'action contentieuses (Paragraphe I). En second lieu, vont être abordées la question de l'impact sur le statut juridique des acteurs privés en droit international, celles des conséquences sur la multiplication des juridictions internationales et la fragmentation éventuelle de ce droit (Paragraphe II).

Paragraphe I - Les effets juridiques attendus sur le système commercial multilatéral

L'admission du recours privé à l'OMC entraînerait toute une série de conséquences qu'il convient dès à présent de prévoir. Ainsi, s'il est probable que l'extension du droit de saisine aux acteurs privés engendrerait un renforcement de la prégnance du droit international dans les relations économiques (A), celle-ci sera renforcée par une articulation possible entre les différentes voies d'action contentieuses (B).

A - Un renforcement de la prégnance du droit international dans les relations économiques

Un droit de saisine élargi impliquerait nécessairement une plus grande part laissée au droit dans les relations économiques. Juridicisation et juridictionnalisation étant liés, il est possible d'affirmer qu'un renforcement possible (au demeurant souhaitable) de la juridicisation des relations commerciales internationales (1) conduirait à l'amélioration de l'application du droit international économique (2).

1 - Un renforcement souhaitable de la juridicisation des relations commerciales internationales

Afin de mieux comprendre le rôle du droit dans les relations commerciales multilatérales, une distinction nous semble nécessaire entre les deux dimensions de la juridicisation de ces relations, qui sont : la juridicisation substantielle et la juridictionnalisation. En effet, la juridictionnalisation est considérée comme l'accessoire de la juridicisation substantielle. Cependant, on peut constater que quelquefois la juridictionnalisation peut à son tour renforcer

la juridicisation substantielle. Le recours privé à l'OMC dans le cadre de son mécanisme de règlement des différends sert à l'accroissement successif de la juridicisation des relations commerciales internationales⁸¹⁵. Ainsi, il est partiellement difficile de distinguer totalement la juridicisation substantielle de la juridictionnalisation.

Le rôle important des acteurs privés au sein de l'OMC enrichirait également la juridictionnalisation, ce qui contribuerait à développer et clarifier davantage les règles de fond prévus par les accords de l'OMC. Pourtant, la pratique de l'application du chapitre 11 de l'ALENA⁸¹⁶ montre que les acteurs privés font preuve d'une certaine naïveté quand ils exercent un recours international à l'encontre d'un État, notamment quand la question est d'ordre financier. Dans une telle situation, les acteurs privés sont prêts à soutenir l'interprétation la plus favorable pour eux. De plus, ils essaient d'infléchir l'interprétation des règles de fond du traité afin d'augmenter l'étendue des obligations dont ils sont les bénéficiaires pour maximiser leurs avantages. Par contre, cette conduite pourrait dévier la juridicisation substantielle de l'intention originelle des parties contractantes et ainsi édulcorer l'institution initiale.

En tant que bénéficiaires des accords de l'OMC, les acteurs privés luttent afin d'encourager l'interprétation la plus bénéfique à leurs intérêts directs, même si celle-ci pourrait être utilisée en leur défaveur dans le futur. En revanche, les États membres de l'OMC seraient en double position, parfois plaignants et parfois défenseurs, et ils seraient probablement plus modérés quant à l'interprétation des accords de l'OMC. Cette problématique du non assujettissement des acteurs privés à des obligations du système commercial international introduirait un impact important sur leur subjectivité en droit international. Il serait donc nécessaire d'avoir des instruments de contrôle à la disposition des États afin que l'évolution du cadre juridique reste conforme à leurs aspirations dans les hypothèses où la juridictionnalisation profite aux acteurs privés⁸¹⁷.

A l'instar du chapitre II de l'ALENA, plusieurs instruments étatiques peuvent être exercés au sein de l'OMC comme adapter, par exemple, des interprétations obligatoires dans le mécanisme de règlement des différends afin que la juridicisation substantielle reste conforme

⁸¹⁵ MCRAE (D.), « What Is The Future of WTO Dispute Settlement », *JIEL*, 2004, vol. 7, n° 1, p. 6.

⁸¹⁶ NAFTA Chapter 11 – Issues and Opportunities, MCMILLAN (S) ,08/2002, document de recherche sur les possibilités du chapitre 11 et de son utilisation pour un débat éclairant sur les dispositions d'investissement dans un ALE (accord de libre échange) Australie-États-Unis.

⁸¹⁷ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, 2007, p. 511.

à leurs souhaits⁸¹⁸. Malgré le fait que cette possibilité existait depuis longtemps dans le cadre de l'OMC, elle n'avait jamais été mise en œuvre. Une telle interprétation obligatoire des accords de l'OMC peut être adoptée à la majorité des trois quarts de ses membres réunis en Conférence ministérielle ou en Conseil général. Cela risque de diverger sur l'interprétation à adopter, vu leur diversité et leur nombre important⁸¹⁹. Celle-ci est supérieure au Mémorandum d'accord, ce qui indique qu'elle lie les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. En effet, l'utilisation de cette interprétation doit être prise avec précaution, car la légalité de son exercice auprès de l'ALENA a été difficilement reconnue et remise en cause par le tribunal arbitral dans l'affaire Pope - Talbot⁸²⁰.

Trois questions concernant les effets juridiques de l'adoption de l'interprétation obligatoire doivent ensuite être réglées.

En ce qui concerne les plaintes postérieures à son adoption, il n'y aura pas d'ambiguïté ; dans ce cas les groupes spéciaux et l'Organe d'appel seront sans doute liés par l'interprétation obligatoire des accords de l'OMC et obligés de les appliquer. Concernant les plaintes antérieures ayant fait l'objet d'une décision de l'ORD faisant naître une obligation de cessation à la charge du membre responsable, la question qui se posera sera de savoir si celui-ci pourra s'autoriser à adopter l'interprétation obligatoire afin de refuser l'exécution de son obligation de cessation.

Concernant les plaintes toujours en cours lors de l'adoption de l'interprétation obligatoire, est-ce que l'Organe d'appel est obligé de réviser le rapport du groupe spécial pour qu'il soit cohérent avec l'interprétation ? Est-ce que l'Organe d'appel ou les groupes spéciaux sont obligés eux même de modifier leur rapport pour le rendre adéquat à l'interprétation ? Les solutions traditionnelles des tribunaux arbitraux prévus par le chapitre 11 de l'ALENA ne sont pas unanimes. Il nous semble à priori que les organes quasi-judiciaires de l'OMC devraient répondre au sujet de l'interprétation obligatoire, peu importe la phase de déroulement de

⁸¹⁸ L'article 2001 (2) c de l'ALENA, autorise la Commission du libre-échange de l'ALENA à statuer sur les éventuels différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de l'accord. L'article 1131 (2) stipule qu'une interprétation par la Commission d'une disposition de l'Accord sera obligatoire pour un tribunal institué en vertu de la section B du Chapitre XI.

⁸¹⁹ L'article IX(2) de l'Accord sur l'OMC accorde à la Conférence ministérielle et au Conseil général de l'OMC le pouvoir exclusif d'adopter des interprétations des accords de l'OMC, à la majorité des trois quatre des membres.

⁸²⁰ Pope § Talbot Inc. c. Canada (2001,2002).

l'affaire, car celle-ci expliciterait le contenu des accords de l'OMC tel qu'il devrait toujours être compris.

Pourtant, il faut souligner que l'adoption d'une interprétation obligatoire par les membres de l'OMC ne peut pas dans tous les cas éliminer le système de règlement des différends de la modification formelle des accords⁸²¹. De plus, selon le principe de la primauté du droit de l'OMC, les rapports des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel ainsi que les décisions arbitrales ne peuvent pas augmenter ou diminuer les droits des membres de l'OMC. Nous pouvons donc déduire que l'accroissement de la juridicisation substantielle par la juridictionnalisation est limité et nuancé.

En plus de son rôle important dans la juridictionnalisation et la juridicisation des relations commerciales internationales, l'acteur privé pourrait jouer un rôle utile pour l'amélioration de l'application du droit international économique (2).

2 - L'amélioration de l'application du droit international économique

La pratique du chapitre 11 de l'ALENA montre que l'extension possible du droit de saisine des acteurs privés à l'OMC et la mise à leur disposition de la juridictionnalisation du règlement des différends pourrait améliorer la mise en œuvre des accords de l'OMC⁸²². De plus, les acteurs privés ne seraient pas assujettis à des considérations d'ordre politique externe, donc ils exerceraient plus couramment leurs recours que les États ce qui renforcerait l'exécution des accords de l'OMC par ses membres et consoliderait ainsi la primauté du droit dans les relations commerciales internationales. Le chapitre 11 de l'ALENA stipule également que l'État responsable exécute constamment son obligation de réparation, au contraire du mécanisme de règlement des différends de l'OMC où l'État applique

⁸²¹ Accord instituant l'OMC, art. IX (2).

⁸²² En effet, les investisseurs étrangers utilisent leurs recours international de manière créative. Ainsi, ils peuvent explorer les règles de fond posées par le chapitre 11 ; les tribunaux adoptent alors ces interprétations larges dans leurs sentences. (LEMAIRE A., « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALENA », *Revue de l'Arbitrage*, vol. 43, 2001, pp. 54-55).

généralement son obligation de cessation⁸²³. L'élargissement des recours contribuerait donc ainsi à une meilleure application du droit international économique.

Les acteurs privés contribuent à la mise en œuvre de la coutume internationale simultanément à leur participation à la mise en œuvre du droit international conventionnel. De fait, l'article 1105 de l'ALENA intègre la protection accordée à l'investisseur et aux biens étrangers aux principes de la coutume internationale, ce qui montre une reconnaissance étatique du rôle des acteurs privés dans l'établissement de la coutume internationale. Pourtant, ce grand champ d'action privé accru par le chapitre 11 provoque plusieurs inquiétudes des parties contractantes car il sera difficile de prévoir la suite et les limites de leurs obligations avec une telle coutume évolutive.

Selon John Dugard⁸²⁴, lorsqu'une articulation juridique claire existera entre le recours étatique et le recours privé à l'OMC, le recours international étatique formera un instrument effectif et supplémentaire pour protéger les individus. Autrement, ni la réduction de la protection étatique des acteurs privés ni la restriction du champ d'application du recours étatique ne s'effectueraient car les acteurs privés agiraient sous un autre titre que celui d'entité lésée. Ainsi, les membres de l'OMC conserveraient leur droit d'agir quelles que soient les circonstances. Ce droit étatique resterait entier au stade de la mise en œuvre contraignante de la responsabilité d'un membre de l'OMC par la négociation d'une compensation volontaire ou l'imposition de contre-mesures en accord avec celui-ci. *A contrario* de ce qui est stipulé au plan intergouvernemental canadien avec l'ACI (Accord sur le Commerce Intérieur), les membres de l'OMC devraient conserver leur droit d'imposer des contre-mesures quand la responsabilité d'un membre a été invoquée par un acteur privé.

En plus de l'effet probable de l'amélioration de l'application du droit international économique, il existe une forte possibilité de mettre en place une articulation entre les différentes voies d'action contentieuses, ce qui engendrerait des effets bénéfiques pour les acteurs privés et le droit international en même temps (B).

⁸²³ MCRAE (D.), « What Is The Future of WTO Dispute Settlement », *op. cit.*, p. 5.

⁸²⁴ DUGARD (J.), WOOD (M.), *International Law in the Public Space* (Seminar in Honour of Sir Elihu Lauterpacht), 07/2008, Cambridge, UK.

B - Une articulation possible entre les différentes voies d'action contentieuses

L'extension probable du recours à l'OMC des acteurs privés conduit à se pencher sur les différents aspects pratiques de cette action. Ainsi, il semble possible de concevoir un recours privé coexistant avec les recours publics (1). De même, il y a lieu de penser que la règle de l'épuisement des voies de recours internes sera appliquée (2).

1 - Une probabilité de parallélisme des recours privés et étatiques

La coexistence des recours internationaux privés et publics à l'OMC fournirait une protection supplémentaire pour les acteurs privés. Le recours privé, au contraire du recours étatique qui englobe des régimes multiples de responsabilité, est plutôt limité à un secteur étroit dans le système économique multilatéral. Ce système de coexistence existe également dans l'ALENA. Dans ce cadre, le régime général de responsabilité des parties contractantes, qui exclut les acteurs privés, coexiste avec le régime spécial de responsabilité évoqué dans le chapitre 11 concernant l'investissement étranger direct⁸²⁵ où, au contraire, l'acteur privé possède le droit d'invoquer la responsabilité de l'État.

L'existence de deux régimes de responsabilité pourrait se concrétiser à l'OMC par l'introduction d'un recours parallèle privé limité au domaine de l'investissement étranger direct. Le régime spécial ajouterait une obligation de réparation, alors que le contenu du régime général de responsabilité du membre de l'OMC contient simplement une obligation de cessation pour le membre responsable. Le recours étatique jouerait donc un rôle complémentaire, car il conduirait à la cessation de la mesure visée par le recours privé, qui pour sa part permettrait aux acteurs privés d'obtenir la réparation du préjudice causé par ladite

⁸²⁵ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, 2007, p. 516.

mesure. Toutefois, l'hypothèse reste confuse même dans le chapitre 11 de l'ALÉNA, dans la mesure où il n'est pas certain que les deux recours puissent être exercés en même temps⁸²⁶.

S'il a été exposé que les deux recours sont complémentaires et agissent en parallèle, ils demeurent aussi liés. En effet, ceux-ci ont pour base un même fait illicite. La question de la qualification juridique de l'illicéité se pose donc. Il convient de s'interroger sur la hiérarchisation des qualifications et leur appréciation. Ainsi, serait-il possible d'avoir pour un même fait illicite deux recours fondés sur deux qualifications différentes ? La qualification retenue par l'État devrait-elle supplanter celle du recours privé, sans tenir compte des arguments déjà avancés par les acteurs privés ? Il est aussi possible d'envisager une solution où la qualification du premier recours vaudrait pour le reste des recours, même si dans ce cas une question de souveraineté de l'État dans l'exercice de ses moyens pourrait être soulevée.

Dans la même optique, d'autres problèmes peuvent survenir. Ainsi, comme un fait unique peut être contesté sur différents terrains (investissement direct étranger, ou encore protection de la santé humaine par exemple), la concurrence des recours pourrait mener à des solutions où un État, pour un même fait, se verrait disculpé sur un terrain et condamné sur un autre. De plus, la pratique du chapitre 11 de l'ALENA montre que dans une conception similaire, les acteurs privés exclus du champ de certains terrains contentieux peuvent être tentés d'élargir le spectre des recours qui leur sont disponibles pour arriver à leurs fins, alors que pourtant ils risquent de transformer l'objectif de base des règles de l'ALENA.

L'articulation juridique entre les recours privés et étatiques semble alors essentielle au sein de l'OMC. Malgré ce fait, l'ignorance de cette articulation par les parties contractantes dans le domaine de l'investissement est claire. Le cas est similaire dans le TCE où plusieurs questions juridiques se posent, non seulement sur l'articulation entre les recours privés et étatiques, mais aussi entre les canaux proposés aux acteurs privés afin de déposer leur plainte⁸²⁷. Cependant, la situation semble évoluer, notamment dans le cadre de l'ALENA où le chapitre 11 a écarté le domaine de l'investissement étranger du régime général de responsabilité pour le fait licite.

⁸²⁶ DUGARD (D.), « L'Accord de libre échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends », *AFDI*, vol. 38, 1992, p. 808.

⁸²⁷ WLÄD (T. W.), « Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Implementation », *ARB. Int'L*, vol. 12, 1996, p. 460.

La coexistence possible des systèmes de responsabilité privés et étatique au sein de l'OMC aura plusieurs effets positifs pour les acteurs privés, voire même pour le droit international. Pourtant, le droit de mise en cause de la responsabilité étatique par les individus doit être utilisé dans des limites désignées par l'OMC. De plus, une application de la règle de l'épuisement des voies de recours internes permet de régler les différends plus simplement au niveau national, ce qui allège le contentieux international (2).

2 - La remise en question de la règle de l'épuisement des voies de recours internes

La suppression de la règle de la nécessité d'un épuisement des recours internes dans le nouveau droit de l'investissement étranger direct engendre des effets négatifs. Elle pousse en effet les acteurs privés à mettre une forte pression sur les États par la menace d'un recours contentieux. De plus, elle permet aux acteurs privés de jouer sur tous les terrains en bénéficiant d'un recours interne et/ou international⁸²⁸. Par contre, cette suppression conduit les acteurs privés à déclencher trop vite le mécanisme international de règlement des différends, avant que la mesure n'ait un caractère fini ou complet.

De tels déclenchements précipités seraient à prévoir en cas d'extension du droit de saisine aux acteurs privés. Néanmoins, le régime de responsabilité de l'OMC permet déjà l'invocation de la responsabilité d'un membre pour les mesures adoptées mais aussi envisagées⁸²⁹. Ainsi, l'enclenchement prématuré du mécanisme de règlement des différends se limiterait probablement au secteur de l'investissement étranger direct si un élargissement devait avoir lieu dans ce secteur. En effet, cette pratique est d'ores et déjà admise dans le régime général de responsabilité de l'OMC. Une soumission préalable du recours privé à l'autorisation de l'État membre serait une bonne solution pour gérer cette coexistence, et pourrait au final rendre plus simple l'articulation du recours privé avec le recours étatique.

⁸²⁸ Aff. *Trammell Crow Company c. Canada*, « Notification d'intention soumise par Trammell Crow Company », 07/09/2001, www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/TC_vs_GC.pdf.

⁸²⁹ JACKSON (J. H.), *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*, Londres, Royal Institute of International Affairs, 1998, p. 65.

Derrière la règle de l'épuisement des voies de recours internes se trouve une logique de ménagement des autorités locales. Dans cette optique, il importe de laisser aux autorités nationales, et surtout aux tribunaux, la possibilité de prévenir ou régulariser les violations du droit international. Comme l'a souligné Roberto Ago dans ses rapports à la CDI⁸³⁰, la nécessité de passer devant une juridiction nationale permet de protéger l'image de l'État, en lui laissant l'opportunité de régler les conflits en amont et d'éviter l'invocation et la mise en œuvre de sa responsabilité internationale. Le passage devant une juridiction interne permet aussi de donner une suite formelle à la demande, au contraire de la plainte par voie hiérarchique qui n'est pas traitée par le juge, ce qui ne constitue pas une voie de recours effective⁸³¹. Enfin, il convient de préciser que la charge de la preuve incombe au gouvernement qui avance l'absence d'épuisement des voies de recours internes. Ces règles de droit international étant de portée générale, il y a lieu de penser qu'elles s'appliqueront aussi à l'OMC, ce qui ne peut qu'être salué.

La règle de l'épuisement des voies de recours internes, qui fait partie du droit international coutumier, joue un rôle important en droit et relations internationales économiques. Le recours à cette règle peut aussi assurer une meilleure application de la justice internationale et aidera les États à éviter plusieurs conflits internationaux, ce qui allège sans doute le droit international.

Pour conclure, plusieurs effets de l'extension du droit de saisine des acteurs privés au sein de l'OMC sur le système commercial multilatéral ont été étudiés. Par ailleurs, d'autres effets multiples et ramifiés sont attendus, soit au niveau de la prégnance du droit international, soit au niveau de l'articulation des voies des recours contentieuses. Il est à noter que la possibilité d'un changement de positionnement de l'acteur privé dans le droit international et un changement dans ce droit même sont prévus par cette extension attendue (paragraphe II).

⁸³⁰ DUGARD (J.), *Deuxième rapport sur la protection diplomatique*, Doc. Off. Commission du droit international, 53^e sess., 28 fév. 2001, Doc. A/CN.4/514.

⁸³¹ CEDH, *Horvat c./ Croatie*, arrêt n° 51585/99 du 26 juillet 2001, § 47 ; voire aussi *Hartmann c./ République Tchèque*, arrêt n° 53341-99 du 10 juillet 2003, § 66.

Paragraphe II - Les effets juridiques plausibles sur le droit international public

En droit international public, l'extension du droit de porter plainte des acteurs privés à l'OMC conduit à l'étude de deux aspects : tout d'abord, la question de l'impact sur le statut juridique des acteurs privés en droit international (A), ensuite les conséquences au regard de la multiplication des juridictions internationales et la fragmentation éventuelle du droit international (B).

A - L'évolution apparente du statut juridique des acteurs privés en droit international

À l'échelle des relations commerciales internationales, les personnes morales (compagnies, sociétés multinationales ou de moindre taille) sont devenues les vrais opérateurs économiques, voire même les bénéficiaires premiers des accords de l'OMC. Il convient d'aborder dans ce paragraphe les impacts de la création des recours privés à l'OMC sur la reconnaissance de la personnalité internationale des sociétés privées comme des sujets du droit international.

La naissance de la société privée comme un troisième pouvoir (en plus des gouvernements et du marché) peut remonter à la *Bataille de Seattle*, qui fait allusion aux violentes manifestations qui ont entourées la troisième réunion ministérielle de l'OMC de novembre 1999. Selon Nicanor Perlas, cette reconnaissance a contribué à la reconfiguration des relations internationales et au passage à un nouveau système multi-acteurs. La société civile a pris « sa place à côté des Gouvernements et des instances du Marché, dans le cénacle des institutions clé qui déterminent aujourd'hui l'orientation et la nature de la mondialisation »⁸³². On est

⁸³² PERLAS (N.), *La société civile : le 3e pouvoir. Changer la face de la mondialisation*, Barretsur- Méouge, Éditions Yves Michel, 2003, p. 31.

désormais devant de nouvelles conceptions des acteurs, des enjeux ainsi que des modes de négociation et de règlement des différends.

Wolfgang Friedmann soulignait depuis plus de quarante ans la différence fondamentale, au plan international, entre les individus et les sociétés privées, lorsqu'il rendait compte des changements structurels que connaissait alors le droit international public⁸³³ : « La situation juridique de la personne morale dans les affaires internationales implique des intérêts et des activités souvent de dimensions énormes, mais en tout cas, d'un caractère impersonnel et généralement économique. En revanche, le problème de la position de l'individu dans le droit international est le fait d'être isolé et impuissant, de l'individu volé ou emprisonné sans procès équitable, privé de sa nationalité ou exploité comme un travailleur esclave »⁸³⁴.

Afin de bien cerner les conséquences d'une ouverture du recours à l'OMC aux acteurs privés sur le plan de leur appréhension par le droit international, il semble possible de s'inspirer des deux critères théoriques du recours privé au sein du chapitre 11 de l'ALENA. Ainsi, en premier lieu une entité privée sollicitant la personnalité juridique internationale devrait être à la fois sujette de l'ordre primaire et de l'ordre secondaire du droit international⁸³⁵. De plus, elle devrait apparaître de manière individuelle sur la scène internationale, c'est-à-dire déconnectée de son État d'origine. La réunion de ces deux critères ferait de l'acteur privé un sujet de droit international à part entière, en cohérence avec ses aspirations d'autonomie.

Le système de la responsabilité de l'État dans le droit international permet de reconsidérer le statut juridique de la société privée en droit international au regard du rattachement aux règles secondaires. Comme les acteurs privés sont des bénéficiaires des accords de l'OMC et non leurs destinataires, ils ne disposent d'aucun droit et ne sont soumis à aucune obligation dans l'ordre des règles primaires. Même après une extension du rôle des acteurs privés, leur

⁸³³ FRIEDMANN (W.), *The Changing Structure of International Law*, New-York, Columbia University Press, 1964, pp. 232-233.

⁸³⁴ Traduit par nos soins : « The legal position of the corporation in international affairs implies interests and activities often of huge dimensions but in any case of an impersonal and generally economic character. By contrast, the problem of the position of the individual in international law is the problem of the isolated and helpless human being, of the individual person robbed or imprisoned without due process, deprived of his nationality or used as a slave laborer ».

⁸³⁵ Les règles primaires (du droit international) c'est les obligations qui sont contenues dans les traités (les règles de droit). Si ces obligations ne sont pas respectées, une nouvelle obligation apparaît, à savoir une obligation de compenser les conséquences du non respect de la règle primaire (par exemple, une obligation de réparation). Les obligations « compensatoires » ainsi que les règles qui gèrent comment elles sont mises en œuvre sont les règles secondaires.

droit d'action restera limité à l'ordre des règles secondaires. Ils posséderaient alors juste le droit d'invoquer la responsabilité internationale d'un État membre de l'OMC⁸³⁶.

Même en ce qui concerne les règles secondaires, les acteurs privés ne jouiraient pas de l'intégrité de ces droits. La nécessaire intervention étatique au stade de la négociation avec l'État agresseur et lors de l'imposition de contre-mesure empêche les acteurs privés de disposer d'un plein exercice des droits au niveau international. De fait, l'incapacité d'agir au niveau de la mise en œuvre coercitive de la responsabilité constitue la cause essentielle du refus d'accorder la personnalité internationale aux sociétés privées⁸³⁷. Dans la même optique, en fonction de leur État d'origine, les sociétés ne seraient pas égales au regard de l'effectivité des droits dont elles seraient titulaires.

La subjectivité des droits reconnus aux sociétés privées entre en contradiction avec une conception unique de l'acteur privé. En effet, les sociétés ont besoin d'un soutien étatique pour l'effectivité de leurs droits, à l'inverse des individus, titulaires directs de droits et disposants d'actions indépendantes de leur État d'origine pour les faire respecter. Dans le même sens, un État ne peut suspendre la mise en œuvre d'obligations internationales humanitaires à titre de contre-mesure pour sanctionner le non-respect d'une obligation issue du droit international économique⁸³⁸. De fait, la personne humaine est titulaire direct des règles primaires dans le domaine des droits de l'homme, alors que la société privée n'est que bénéficiaire du droit de l'OMC, ce qui tend à démontrer une supériorité de la personne humaine par rapport à la personne morale, supériorité qui se retrouve quand aux sanctions accompagnant ces droits : droit international pénal pour protéger directement les individus, contre-mesures économiques via portage étatique pour les sociétés⁸³⁹.

Il nous semble important de noter que même si le fait d'admettre des doléances de sociétés privées à l'OMC contribuerait à renforcer leur influence sur la scène juridique internationale, elles ne sauraient par ce seul fait être considérées comme des sujets de droit international à part entière. En effet, leur capacité juridique reste relative. Ainsi, Wolfgang Friedmann met en lumière quatre facteurs empêchant la reconnaissance d'une pleine personnalité juridique

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 521.

⁸³⁷ TOOPE (S. J.), *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990, pp. 251-252, 261-262 et 385-400.

⁸³⁸ Commission du droit international article 50.1 de la (CDI) sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dans Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session, Doc. Off. AG NU, 56^e sess., supp. n°10, Doc.NU A/56/10 (2001).

⁸³⁹ FRIEDMANN (W.), *The Changing Structure of International Law*, New-York, *op. cit.*, pp. 245-249.

internationale même si le recours privé était admis à l'OMC : les sociétés privées seraient cantonnées au niveau secondaire des règles de droit ; elles ne pourraient donc être assujetties aux règles primaires dont elles ne seraient que bénéficiaires ; elles devraient être rattachées à un État membre de l'OMC et ne pourraient agir contre leur État de nationalité ; enfin, leur capacité juridique internationale serait tributaire de l'intervention de leur État pour sa concrétisation coercitive⁸⁴⁰.

En somme, une intervention plus accentuée des acteurs privés sur la scène internationale produirait plusieurs effets, soit sur leur position auprès des juridictions internationales, soit sur la cohérence et au cœur même de ce droit (B).

B - Une fragmentation possible du droit international

Les vingt dernières années ont connu une augmentation notable du nombre de tribunaux appliquant les lois internationales. De nouveaux tribunaux internationaux sont apparus en grande partie en réponse à des besoins fonctionnels. De nouveaux problèmes sont apparus et une augmentation des conflits des normes juridiques ont requis des solutions transnationales par les institutions internationales. Pour cette raison, plusieurs tribunaux internationaux ont été établis, comme par exemple les tribunaux de l'ex-Yougoslavie, du Rwanda, la Cour Pénale Internationale et l'organe de règlement des différends de l'OMC⁸⁴¹. Un recours privé direct à l'OMC servirait à la multiplication des juridictions internationales et ensuite à la fragmentation éventuelle du droit international⁸⁴².

La question qui se pose devant ce développement juridique international est de savoir si cette multiplication des mécanismes de règlements des différends internationaux a des effets néfastes sur la cohérence, voire même l'interprétation du droit international. Selon l'étude de Jonathan Charney, la réponse est que jusqu'à présent un tel accroissement des juridictions internationales ne menace pas l'intégrité du droit international. Pourtant, il supporterait son

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 223.

⁸⁴¹ SCHWEBEL (S. M.), « *The Prolifération of International Tribunals: Threat or Promise?* » dans ANDENAS (M.), dir., *Judicial Rievew in International Perspective*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, p. 3.

⁸⁴² BURKE-WHITE (W.), « International Legal Pluralism », *Journal of International Law*, vol. 25, 2005, p. 965.

enrichissement et son amélioration par une meilleure exploration de ses règles et par le dialogue instructif inter-juridictionnel⁸⁴³.

Le consensus étatique presque total de l'application de la Convention de Vienne sur le droit des traités par les mécanismes variés de règlement des différends protégeait la cohérence de l'interprétation du droit international des traités. Même le mécanisme de règlement des différends de l'OMC applique constamment cette Convention de Vienne. Pareillement, Charney a signalé l'absence de divergence à propos de l'interprétation du droit international de la responsabilité de l'État, malgré le fait que sa discussion ne porte que sur un aspect de ce droit, qui est l'attribution du fait internationalement illicite à l'État⁸⁴⁴. Par contre, la jurisprudence de l'OMC prouve qu'elle n'a pas vraiment consacré beaucoup d'attention à ce droit.

Une multiplication des tribunaux arbitraux ou de groupes spéciaux est aussi prévue lorsque l'extension du droit de porter plainte des privés à l'OMC aura sa place. Ceci étant, elle n'aura pas d'effets néfastes car les acteurs privés qui vont recourir à ces tribunaux ont des intérêts économiques limités et ils ne s'intéressent pas aux questions internationales étrangères à leur conflit. De plus, l'application des accords de l'OMC, à l'exception du droit international déjà souligné de la responsabilité de l'État, sera la règle générale qui ne requiert pas une interprétation vaste des autres branches du droit international.

Certains commentateurs affirment que l'intervention plus accentuée des acteurs privés au sein de l'OMC servirait à la fragmentation du droit international par la multiplication des conflits et la saisine des cours avec de nombreux droits et obligations. Il est vrai que l'accès aux tribunaux de l'OMC va se multiplier, cependant cette présence des entités privées conduit à consolider le système juridique international. L'État se soumet, au contraire des individus, aux considérations politiques qui limitent sa capacité à présenter des réclamations internationales contre un autre État⁸⁴⁵. Par ailleurs, la quasi-juridiction d'appel limite les risques de fragmentation du droit international en pratiquant un rôle de garde-fou quand la juridictionnalisation du règlement des conflits internationaux s'ouvre aux acteurs privés.

⁸⁴³ CHARNEY (I.), *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, *Recueil des Cours*, vol. 271, 1998, p. 347.

⁸⁴⁴ CHARNEY (I.), *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, *Recueil des Cours*, vol. 271, 1998, p. 264.

⁸⁴⁵ BURKE-WHITE (W.), « International Legal Pluralism », *Journal of International Law*, *op. cit.*, p. 969.

L'existence de multiples entités quasi-juridictionnelles peut devenir elle-même un des effets nuisibles des recours privés aux instances de l'OMC. Jonathan Charney, au contraire de sa conclusion globale, a mentionné un danger potentiel, qui augmenterait avec la création d'un recours privé, à savoir l'hyper spécialisation des juridictions internationales⁸⁴⁶. Cette anticipation due à la contribution limitée du mécanisme de règlement des différends de l'OMC au dialogue inter-juridictionnel, en raison de sa compétence limitée à l'application des accords de l'OMC, ne prend pas en compte les autres branches du droit international public. Cette problématique implique de prévoir des règles tertiaires afin de gérer l'articulation entre ces diverses branches du droit international public⁸⁴⁷.

Afin de résoudre cette problématique, il est adéquat de prendre le mécanisme de règlement des différends commerciaux internationaux de la Charte de la Havane comme exemple. Il est prévu dans une disposition de ce mécanisme la possibilité pour l'OIC de solliciter un avis consultatif de la Cour internationale de justice. Sa juridiction consultative aide l'OMC à régler les problématiques d'interaction de régimes juridiques entre les accords de l'OMC et d'autres conventions internationales en l'absence de règles tertiaires⁸⁴⁸. Une telle démarche est très importante lors de l'accroissement possible du droit des acteurs privés de porter plainte à l'OMC dans l'optique d'une prévention des conflits plausibles.

Plusieurs solutions semblent nécessaires afin d'éviter les effets néfastes de la multiplication des groupes spéciaux à l'OMC : l'établissement d'instances permanentes et durables garantit une jurisprudence cohérente en dépassant le caractère *ad hoc* actuel des groupes spéciaux ; l'adoption des interprétations obligatoires par les États de l'OMC en parallèle avec le rôle de l'Organe d'appel réunifiant la jurisprudence limiterait aussi les mauvais effets et la fragmentation du droit international. Enfin, une possibilité éventuelle de jonction des plaintes des acteurs privés limiterait aussi le nombre de groupes spéciaux installés⁸⁴⁹.

⁸⁴⁶ CHARNEY (I.), *op. cit.*, p. 347.

⁸⁴⁷ PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 490.

⁸⁴⁸ SCHERMERS (H. G.), « The International Court of Justice in Relation to Other Courts », dans MULLER (A. S.) et al., dir., *The international Court of Justice*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, p. 266.

⁸⁴⁹ Dans l'ALENA, les États-Unis ont sollicité la jonction de trois plaintes privées déposées séparément, mais alléguant toutes les dommages subis par des investisseurs canadiens dans le contexte de la querelle du bois d'œuvre entre le Canada et les États-Unis. *Canfor Corp. v. United States of America*; *Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*; and *Tembec Inc., et al. v. United States of America*, www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Canfor/Softwood_Consolidation_Request.pdf.

Il n'est pas un secret que la multiplication des recours privés à l'OMC et l'instauration de nouveaux tribunaux internationaux contribueraient à compliquer le système juridique international, voire même à la fragmentation du droit international, ce qui touche l'intégrité de ce droit. Malgré cela, l'intervention des acteurs privés demeure indispensable afin d'enrichir et consolider le droit international. Pour ces raisons, il faut recourir à des solutions limitant les effets nuisibles de ce développement mondial et qui donnent des réponses persuasives à toutes les parties inquiétées par un rôle privé plus vaste et plus fort.

Les potentialités de l'extension du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des acteurs privés est un sujet complexe qui mérite d'être bien explicité. En effet, les membres de l'OMC considèrent que le fait d'octroyer un accès direct aux acteurs privés s'oppose à l'intérêt de l'État. La nouveauté de ce chapitre était l'essai de surmonter les craintes étatiques par l'extension du droit des acteurs privés de porter plainte à l'OMC sans nuire au rôle important de l'État qui s'efforce de réaliser la croissance économique pour son peuple et de garder de bonnes relations au niveau international.

Pour élaborer notre travail, il était tout d'abord indispensable d'examiner rapidement les différentes questions juridiques entourant la participation des acteurs privés au système de règlement des différends de cette organisation. Il était ensuite nécessaire d'en observer les effets importants au stade de la juridicisation des relations commerciales internationales ou au cœur de la structure du droit international en lien avec la position de l'acteur privé au sein de ce droit.

La littérature se fait plus souvent l'écho du reproche adressé à l'OMC de ne pas correctement associer les secteurs privés dans son élaboration des règles législatives. De même, la littérature est largement abondante concernant l'ouverture du mécanisme de règlement des différends de l'OMC aux acteurs privés et n'envisage que très rarement l'interaction entre l'OMC et ces derniers.

Différents arguments et préjugés pour et contre la participation du secteur privé à l'OMC ont pris place. Certains arguments parmi ceux-ci soutiennent un meilleur positionnement des acteurs privés auprès de l'ORD pour consolider le droit international commercial. D'un autre côté, plusieurs arguments s'opposent à l'extension du rôle des acteurs privés dans cette organisation en raison de plusieurs carences de légitimité de ces derniers et afin de maintenir le rôle étatique plus efficace au niveau international (Chapitre II).

CHAPITRE II - Une extension polémique du rôle des acteurs privés au sein de l'OMC

Selon Jean Bodin, « la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République »⁸⁵⁰. La souveraineté étatique n'est soumise à aucune autorité supérieure. Les éléments constitutifs d'un État sont formés du peuple établi sur un territoire donné et doté d'un gouvernement effectif. L'État est souverain vis-à-vis des sujets le composant, et sur le territoire le délimitant. Ainsi on trouve les racines de l'existence de l'État dans l'exigence de sécurité de ses citoyens. Il possède le droit exclusif d'exercer l'autorité politique, législative, exécutive sur son territoire et son peuple. Malgré le fait que la souveraineté est étatique, et que nous vivons dans un « monde des États », de nouveaux concepts émergent afin de limiter de plus en plus la souveraineté de l'État. Parmi ceux-ci se trouve le concept de la souveraineté populaire tel qu'il a été notamment développé par Jean Jacques Rousseau.

À l'heure actuelle, deux catégories d'arguments prennent place au sein de l'OMC. Certains soutiennent un meilleur positionnement des acteurs privés auprès de l'ORD afin de consolider le droit international commercial (Section I). D'autres s'opposent à l'extension du rôle des acteurs privés dans cette organisation en raison de plusieurs carences de légitimité de ces derniers et afin de maintenir le rôle étatique plus efficace au niveau international (Section II).

⁸⁵⁰ BODIN (J.), *Les six livres de la République*, Chapitre VIII (« De la souveraineté »), Livre I, Lyon, Imprimerie de Jean de Tournes, 1579, pp. 85 et ss.

Section I - Les arguments soutenant l'extension du droit de saisine des acteurs privés à L'OMC

La création d'un nouveau recours privé ouvrira un accès direct des acteurs privés au sein de l'OMC et résoudra un certain nombre de problèmes concernant le rôle de l'acteur privé dans le système de règlement des différends de cette organisation. L'extension du droit de porter plainte à l'OMC s'appuie notamment sur le caractère non indispensable de la qualité étatique du plaignant et sur la juridicisation des différends commerciaux internationaux. L'ensemble de ces arguments plaide en faveur d'une extension du rôle des acteurs privés au sein de l'OMC.

M. Senarclens⁸⁵¹ trouve que malgré les finalités positives espérées de l'OMC en libéralisation totale des échanges, des services et des produits agricoles et en protection de la propriété intellectuelle, la régulation de la mondialisation opérée par cette organisation est défailante. Les partisans de l'extension du droit de saisine des acteurs privés à l'OMC proposent l'ouverture progressive de l'accès de ces derniers afin d'améliorer le fonctionnement et la représentativité de cette organisation (Paragraphe I). L'augmentation du rôle privé à l'OMC reflète une tentative sérieuse de la juridicisation des litiges commerciaux internationaux afin d'éviter la politisation de ceux-ci et pour une meilleure application du droit international (Paragraphe II).

⁸⁵¹ DE SENARCLENS (P.), *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*, Paris, Armand Colin, 1998, pp. 196-198.

Paragraphe I - L'ouverture progressive de l'accès direct des acteurs privé à l'OMC

L'ouverture progressive de l'accès à l'OMC aux acteurs privés permettrait une amélioration des conditions d'exercice du commerce international et une importante pression sur l'État responsable des abus. Pour voir le jour, une telle ouverture nécessiterait l'abandon de l'exigence de la qualité étatique du plaignant (A), abandon qui apporterait de possibles réponses aux problèmes des acteurs privés en milieu commercial international (B).

A - La fin de l'exigence de la qualité étatique du plaignant

A priori, l'OMC est une organisation interétatique au sein de laquelle les acteurs privés ne bénéficient pas d'un rôle très important, notamment au stade des litiges. Toutefois, sur le plan conceptuel, il ne semble pas absolument nécessaire que ce soit un membre de l'OMC qui invoque la responsabilité internationale d'un autre État membre. Il semble possible d'imaginer qu'un individu sollicite la levée des obstacles au commerce, actuellement incompatible avec les accords de l'OMC, sans nuire à la logique du système commercial multilatéral et sans que la finalité des différends soit détournée. Cette possibilité doit être appliquée dans le système actuel de l'OMC car les opérateurs économiques, privés ou publics, sont ceux réellement impactés par le commerce international⁸⁵².

Il n'y a pas de vrais obstacles théoriques à octroyer le droit aux acteurs privés de porter plainte devant l'OMC, voire même à leur reconnaître le droit d'invoquer la responsabilité internationale d'un État membre de l'OMC. L'État met tout en œuvre afin de libéraliser son commerce pour respecter ses engagements internationaux. Cet objectif principal du système commercial multilatéral favoriserait un réel accroissement du rôle des acteurs privés dans le système de règlement des différends. Les opérateurs privés peuvent, au contraire de l'État, bénéficier de la libération du commerce sans être obligés de se soumettre aux tentations protectionnistes, ce qui enrichit et consolide le système global⁸⁵³. Ledit argument est surtout

⁸⁵² MCRAE (D. M.), « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law », *Receuil des Cours*, vol. 260, 1996, p. 155.

⁸⁵³ CHARNOVITZ (S.), « Opening the WTO to Non-Governmental Interests », *op. cit.*, p. 212.

intéressant sur le plan du système commercial multilatéral, mais présente un intérêt limité lorsque nous sommes en présence d'intérêts non-commerciaux. Il ne faut pas occulter la finalité non commerciale du système, qui est de contribuer à la paix et la sécurité internationale⁸⁵⁴.

Nous constatons que les acteurs privés jouent de plus en plus un rôle considérable dans le commerce international ; de ce fait, leur accorder le droit de porter plainte à l'OMC ne serait pas considéré comme une rupture avec les règles économiques internationales. En outre, selon les porteurs de ces arguments, l'État, au contraire du droit international public, n'est pas la pierre angulaire du système commercial multilatéral, ni l'acteur unique au sein de l'OMC. Ce qui compte au sein de ce système est la force économique et commerciale au niveau international et non pas la reconnaissance de l'État auprès de l'ONU⁸⁵⁵. Cela explique la situation des membres de l'OMC ; par exemple, l'ensemble de la Communauté européenne est considérée comme un seul membre au même titre que Hong-Kong ou Taïwan⁸⁵⁶.

Nous pouvons en déduire que les États ne sont pas, malgré leur rôle fondamental, les seuls acteurs actifs sur l'échelle internationale économique. Il existe également d'autres sources du droit international économique : les organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales, aussi que les entreprises transnationales qui occupent un rôle de premier plan dans les relations internationales économiques⁸⁵⁷. Cela confirme que la vision de l'État, seul acteur des relations internationales, a été dépassée par la réalité de la société économique internationale.

Ce résultat de non indispensabilité de la qualité étatique du plaignant apprécie le rôle développé des acteurs privés à l'échelle internationale. Un tel rôle ambitieux contribuerait à résoudre plusieurs problèmes et affronter les obstacles des acteurs privés en milieu commercial international (B).

⁸⁵⁴ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 528.

⁸⁵⁵ MCRAE (D. M.), « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law », *op. cit.*, pp. 164-165.

⁸⁵⁶ Hong-Kong, Taïwan et Macao sont membres à part entière de l'OMC, indépendamment de la Chine qui est également membre depuis le 11 décembre 2001. Voir la liste des membres et des observateurs http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm, consulté le 12/05/2012.

⁸⁵⁷ STERN (B.), « How to Regulate Globalization? » in BYERS (M.), éd., *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 248.

B - Les solutions envisagées aux problématiques des acteurs privés au sein du commerce international

Les acteurs privés rencontrent plusieurs obstacles dans le mécanisme actuel de règlement des différends. La possibilité éventuelle d'élargir le droit de porter plainte à l'OMC est la solution pour les dépasser et pour répondre aux lacunes concernant l'ignorance du rôle des opérateurs privés.

L'ouverture d'un recours privé à l'OMC, parallèlement à l'invocabilité des accords de l'OMC, consolidera les possibilités de participation des opérateurs privés dans le système économique international. Cela répond en outre au problème du caractère actuellement discrétionnaire du monopole de la décision d'un membre de l'OMC d'invoquer la responsabilité d'un autre membre. La cause de ce caractère discrétionnaire est l'absence juridique des opérateurs privés touchés par la violation des accords de l'OMC dans les différends internationaux. Ces derniers ont exercé des pressions en s'appuyant sur les accords de l'OMC afin de réduire les effets de ce caractère discrétionnaire.

Si l'application des accords de l'OMC n'était plus soumise à la discrétion de ses membres, cela permettrait un fonctionnement optimal. Un mécanisme plus clair et prévisible serait alors bénéfique pour les entreprises privées et pour le développement du système commercial multilatéral. De plus, l'influence d'une entreprise ou d'un secteur économique sur un gouvernement ou les relations politiques d'un membre de l'OMC ne constituerait plus un facteur important dans la décision de porter plainte à l'OMC car le favoritisme serait diminué.

Par exemple, en donnant le droit de porter plainte aux entreprises elles-mêmes, le manque de ressources financières ou techniques de l'État pour agir ne sera plus un obstacle à l'invocabilité de la responsabilité internationale d'un autre État membre de l'OMC. Dans ce cas, les ressources et les moyens de l'État seront épargnés des frais de poursuite des affaires et les fonctionnaires publics auront une charge de travail allégée. Actuellement, le nombre de recours privés à l'OMC est centralisé entre les mains des États, ce qui entame considérablement leurs ressources⁸⁵⁸.

⁸⁵⁸ WETHINGTON (O. L.), « Commentary on Consultation Mechanism under the WTO Dispute Settlement Understanding during its First Five Years », *Law and Policy in International Business*, vol. 31, 2000, p. 589.

Selon Lon Fuller⁸⁵⁹, le règlement judiciaire des différends est caractérisé par la possibilité pour les acteurs privés de faire valoir leurs arguments rationnels auprès de l'instance compétente⁸⁶⁰. Il indique aussi les limites du processus judiciaire dans le cas où le différend est polycentrique (regroupe un nombre important de personnes impactées par les actes étatiques) et qu'il rend la possibilité de la participation de certains plaignants illusoire. Pourtant, la faible proportion du recours aux modes diplomatiques de règlement des différends au sein de l'OMC illustre le fait que cette limite n'a pas encore été atteinte.

Si l'ouverture du prétoire aux actions des acteurs privés contre leur État membre peut être envisageable, elle reste dans les faits impossible à l'heure actuelle. En effet, entre le rôle de l'État au stade de l'exécution effective des décisions de justice et un contrôle étatique *a priori* des plaintes privées, une extension du droit de porter plainte ne pourrait probablement pas permettre à un opérateur privé d'invoquer efficacement la responsabilité internationale de son État.

Même si des acteurs privés pouvaient porter plainte auprès de l'OMC et présenter directement leurs arguments, toutes les parties impactées par les mêmes mesures contraires aux principes de l'OMC ne bénéficieraient pas des effets du verdict en termes de dédommagements. En effet, dans le cadre de l'OMC, l'État de la partie plaignante peut décider de rester étranger au litige et malgré cela il percevrait des dédommagements à la place des acteurs privés plaignants.

Il est à noter que la participation des acteurs privés de manière collective (Lobbying) est nécessaire et même essentielle afin de mieux défendre leurs intérêts. La reconnaissance des regroupements tels que les associations de victimes des actes commerciaux injustes, les associations de manufacturiers, d'exportateurs ou d'importateurs et les associations de consommateurs au sein de l'OMC, sert effectivement ces derniers.

Afin de surmonter l'affaiblissement du rôle de l'État dans la médiation et la représentation des intérêts divergents et en tant que gardien de la paix et de la sécurité internationale, la création d'un recours privé à l'OMC doit être mise en œuvre. Elle permettrait à l'État de nationalité du plaideur de ne pas s'impliquer dans tous les différends commerciaux, et cela

⁸⁵⁹ Lon Fuller Luvois (15 Juin 1902 - 8 Avril, 1978) était un philosophe juridique éminent, qui a écrit *The Morality of Law* en 1964, discutant de la relation entre le droit et la morale. Fuller a été un professeur de droit à l'Université de Harvard pendant plusieurs années.

⁸⁶⁰ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, 2007, p. 532.

éliminerait la probabilité de recours à la force lors du règlement des différends économiques internationaux.

L'extension du rôle des acteurs privés au sein de l'OMC ne sert pas seulement à résoudre les problèmes des acteurs privés du milieu commercial international et à dépasser l'exigence de la qualité étatique du plaignant, mais aussi à la juridicisation des litiges commerciaux internationaux (Paragraphe II).

Paragraphe II - Des efforts de juridicisation des litiges commerciaux internationaux

La possibilité d'invoquer la responsabilité internationale d'un État membre par une partie privée permettra de consolider la justice fondamentale et la juridicisation des litiges commerciaux internationaux (B), l'efficacité processuelle et la dépolitisation du système actuel de règlement des conflits au sein de l'OMC (A).

A - Une tentative pour limiter le caractère politique des différends commerciaux internationaux

L'extension du droit de porter plainte des acteurs privés à l'OMC contribue à la dépolitisation des différends commerciaux portés devant elle. Cela contribue notamment à atténuer le rôle de l'État comme seul gardien de la paix et de la sécurité internationale⁸⁶¹.

Si le différend commercial international est considéré comme mineur (qui ne touche que l'acteur privé plaignant) par l'État de nationalité des acteurs privés, celui-ci aurait alors la capacité de l'effacer dans le but d'éviter qu'il devienne un différend interétatique qui perturberait les relations diplomatiques internationales. Dans ce cas, le recours aux modes

⁸⁶¹ JACKSON (J. H.), *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relation*, 2^e éd., Cambridge, Massachusetts Institute of Technology Press, 1997, pp. 135-137.

diplomatiques de règlement des différends interétatiques impliquerait, en outre, un engagement à un haut niveau de la hiérarchie gouvernementale, aurait des conséquences néfastes⁸⁶² et formerait une charge de plus pour l'État.

Concernant la dépolitisation et l'arbitrage international mixte, Stephen Toope⁸⁶³ explique que cet arbitrage précédait l'internationalisation du différend et que politisation et internationalisation allaient de paire. Cela n'est plus le cas depuis que l'on parle de l'invocation de la responsabilité de l'État pour violation d'un traité. Aujourd'hui le différend est considéré comme international dès sa naissance et sa politisation survient lors de l'intervention (l'inter-étatisation) de l'État de nationalité de l'acteur privé plaignant.

La qualification des différends commerciaux comme étant mineurs, plus complexes ou ramifiés pose parfois problème. Le rôle de l'État à ce stade demeure essentiel, afin d'assurer une délimitation correcte et professionnelle. Cela devrait se refléter dans les modalités de l'élargissement du droit de porter plainte, en lui accordant par exemple un droit de veto ou de préemption. Aussi, l'intervention de l'État nous semble nécessaire lors de la mise en oeuvre des décisions de l'OMC, notamment dans la phase de l'exécution coercitive des obligations du membre responsable car il est le seul qui possède les moyens et possibilités de cet acte⁸⁶⁴.

Cette dépolitisation du différend commercial international compléterait celle déjà entreprise par la juridicisation de leur règlement par l'OMC. Cela a notamment pour but d'affranchir les gouvernements de ses États membres des pressions politiques internes concernant la résolution de ces litiges.

Nous constatons que l'amélioration du positionnement des acteurs privés plaignants au stade du règlement des différends de l'OMC sera un moyen de diminuer la politisation des différends commerciaux internationaux. Ainsi, elle servira à une meilleure juridicisation des litiges commerciaux internationaux (B).

⁸⁶² *Ibid.* pp. 135-137.

⁸⁶³ TOOPE (S. J.), *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990, pp. 1-2.

⁸⁶⁴ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, 2007, p. 535.

B - Une application efficace du droit et des décisions internationales

L'extension du rôle des acteurs privé à l'OMC participera, selon leurs promoteurs, à une interaction efficace entre les acteurs publics et privés. Cette interaction conduit à diminuer le recours aux sanctions par un dialogue riche et fructueux entre les parties privées et étatiques (1). L'augmentation du nombre des recours privés directs à l'OMC enrichira la jurisprudence et l'interprétation des décisions de cette organisation ce qui soutiendra la primauté du droit (2).

1 - Une meilleure interaction entre les divers acteurs publics et privés

L'accroissement du droit des acteurs privés de porter plainte soutiendra également la subordination économique de l'État responsable aux décisions prises par l'OMC. Le concept de « *transnational legal process* », proposé par Harold Koh⁸⁶⁵, expliquant les raisons pour lesquelles les États se conforment au droit international, démontre plus clairement l'apport que fournirait la création d'un recours privé à l'OMC.

L'idée du *legal Process* réside dans le fait que les tribunaux ne devaient pas refléter les vues personnelles du magistrat, mais plutôt prendre en compte la société dans son ensemble. Il cherche à refléter la réalité du droit telle qu'elle se dégage de la législation et des décisions de justice mais aussi des décisions administratives et des accords privés conclus par les avocats au nom des parties.

Le *transnational legal process* englobe les interactions entre les acteurs publics et privés, comme dans les États-nations, les sociétés, les organisations internationales, les organisations non gouvernementales, dans une variété de formes afin de créer, interpréter, appliquer et finalement internaliser les règles du droit international. Ce concept est donc la clé permettant de comprendre ce pourquoi les nations obéissent à la loi internationale. Afin d'intégrer certains principes des droits de l'Homme dans le droit international et domestique, il est nécessaire de

⁸⁶⁵ KOH (H. H.), « Transnational Legal Process », *Nebraska Law Review*, vol. 75, 1996, pp. 183-186.

déclencher des interactions transnationales. Ces interactions produiraient des interprétations juridiques qui pourraient, à leur tour, être internalisées dans le droit interne, voire même au sein des États d'abord résistants⁸⁶⁶ à cela.

Pourtant, ce « processus juridique transnational » articulé par Harold Koh, ainsi que la politique de transnationalisme ne sont pas totalement démocratiques. Ils représentent une nouvelle forme de gouvernance qu'on peut appeler « post démocratique ». La question qui se présente ici est de savoir si ce concept réalisera une gouvernance de peuple accompagnée du consentement des gouvernés. En effet, les représentants élus du peuple n'ont pas ni de pouvoir direct sur les lois mondiales ni sur les lois de d'internalisation. En l'absence de mécanisme démocratique clair permettant d'abroger ou de modifier ces nouvelles règles internationales, le caractère démocratique de ce processus reste à débattre.

Un accroissement englobant des acteurs privés multiples conduit à augmenter la pression sur l'État visé dans le but de mettre en œuvre les décisions de l'OMC. Cette pression intervient à plusieurs niveaux, y compris dans les pays eux-mêmes, par la voie de canaux variés⁸⁶⁷. Malgré l'impossibilité d'envisager que les acteurs privés puissent invoquer directement la responsabilité de leur propre État dans les domaines économiques, il est possible, dans le cas où ils sont touchés négativement par un acte de leur État de nationalité, de soutenir un recours d'un acteur privé étranger opérant dans le cadre de réseaux nourrissant le processus juridique transnational.

La prise en considération par l'OMC des différents intérêts privés contribuerait sans doute à modérer certaines décisions. Un lien nous semble clair entre l'accroissement du droit de porter plainte à l'OMC et la participation des acteurs privés (défenseurs des droits des travailleurs, défenseur de l'environnement...) dans le règlement des différends.

Dans l'affaire Querelle du bois d'œuvre, Canada - États-Unis, les États Unis avaient imposé des droits compensateurs sur les importations de bois canadien suite à de prétendues subventions cachées par les normes de certaines provinces canadiennes en matière de droit de coupe. Ainsi, les provinces mais aussi l'État Canadien auraient accordé des droits de coupe très faibles, baissant de fait le coût de revient du bois et donc son prix notamment à l'export. Jugeant cette mesure comme une subvention déguisée à l'industrie

⁸⁶⁶ http://acc.hudson.org/index.cfm?fuseaction=publication_details&id=6205, consulté le 30/05/2012.

⁸⁶⁷ KEOHANE (R. O.), MORAVCSIK (A.), SLAUGHTER (A. M.), « Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational », *International Organization*, vol. 54, n° 3, 2000, pp. 476-477.

du bois de construction, des entreprises aux États-Unis se sont plaintes aux départements du commerce américains qui, après saisine de différentes instances (*International Trade Administration ; Coalition for Fair Lumber Import ; International Trade Commission ; ...*), sont arrivés à la négociation d'un premier compromis, avant que l'affaire ne soit portée devant l'OMC ce qui a conduit à l'adoption d'un second accord. Différentes associations telles celles des consommateurs américains ou des associations représentant l'industrie de la construction américaine, ayant fait pression sur le gouvernement, il semble probable que ce lobbying a pu jouer un rôle positif pour convaincre leur gouvernement américain de mettre en œuvre les décisions de l'OMC pour arriver à un compromis acceptable⁸⁶⁸.

Le fait de créer de possibles interactions entre les États et d'autres acteurs non-étatiques au sein de l'OMC concernant le règlement des différends aidera notamment à consolider l'application du droit international, facilitera l'internalisation du droit international et la mise en œuvre des décisions de l'OMC (2).

2 - Des relations commerciales internationales basées sur la primauté du droit

La primauté du droit dans les relations commerciales internationales sera une autre conséquence de l'extension du droit de porter plainte à l'OMC. Il est possible de prévoir que les plaintes présentées par les acteurs non étatiques seront plus nombreuses que celles présentées par les États membres⁸⁶⁹. Si la possibilité de porter plainte des acteurs privés est élargie, une création de précédents, voire même, d'une jurisprudence développée aura lieu⁸⁷⁰. L'accroissement des affaires de ce genre et les nombreuses interventions privées

⁸⁶⁸http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp_diff/index.aspx?lang=fra&view=d

⁸⁶⁹ KEOHANE (R. O.), MORAVCSIK (A.), SLAUGHTER (A. M.), « Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational », *op.cit.*, p. 458.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 479.

amélioreraient l'interprétation des règles de l'OMC⁸⁷¹ et soulageraient les décisions de l'OMC d'un grand nombre des considérations étrangères du litige.

L'Organe d'appel de l'OMC participe de différentes manières à favoriser la primauté du droit dans les relations internationales « notamment en raison du fait qu'il ancre ses décisions dans le droit international public en interprétant les accords de l'OMC conformément aux règles coutumières d'interprétations des traités, de la mise en œuvre des décisions par les parties, ainsi que de la cohésion qu'il assure dans l'interprétation des accords »⁸⁷². La majorité des affaires portées devant l'OMC par les acteurs privés contribuerait à amplifier le volume de décisions rendues par l'Organe d'appel, et accroîtrait ainsi la primauté du droit dans les relations commerciales internationales.

Ainsi, un « régime contextuel » pourrait être créé, supportant l'établissement de nouvelles règles de droit international, dans la mesure où l'on peut considérer que le droit international peut se former ou se façonner à l'aide des « nébuleuses de réseaux », selon une approche gradualiste de la normativité⁸⁷³. En effet, les arguments présentés par certains acteurs non étatiques lors d'un règlement de différend, inspireront d'autres arguments antérieurement portés par d'autres acteurs privés, voire même d'autres regroupements privés. Une participation privée peut prendre plusieurs formes (plaignante, assistant, expert,...) et va contribuer à améliorer la défense d'intérêts variés.

L'une des conséquences de l'accroissement du droit de porter plainte des acteurs privés au sein de l'OMC va également se traduire par un effet potentiel de découragement du recours aux lois extraterritoriales unilatérales. Ces lois sont d'une façon ou d'une autre contraires au droit international car elles outrepassent la compétence territoriale et nationale des États. Aujourd'hui, ce recours par les acteurs non étatiques est parfois considéré comme une voie alternative à celle du recours au système de règlement des différends de l'OMC. Ce recours est utilisé afin de faire face à leur incapacité internationale actuelle, en tablant sur leur capacité

⁸⁷¹ SCHLEYER (G. T.), « Power to the people: allowing private parties to raise claims before the WTO dispute resolution system », *Fordham Law Review*, vol. 65, n° 5, 1997, pp. 2291-2293.

⁸⁷² PETERSMANN (E. U.), « How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System », in CAMERON (J.), CAMPBELL (K.), dir., *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Londres, Cameron, 1998, P. 83

⁸⁷³ TOOPE (S. J.), *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, *op. cit.*, pp. 96-98.

interne. Ainsi, accroître le droit de porter directement plainte à l'OMC conduirait à assurer la primauté du droit dans les relations commerciales internationales⁸⁷⁴.

En somme, nous trouvons qu'un positionnement plus important des acteurs privés dans le système de règlement des différends à l'OMC contribuerait à l'amélioration du libre échange et au fonctionnement du système commercial international. Cependant les arguments soutenant l'accroissement de rôle des acteurs privés seront renforcés quand ils seront accompagnés du droit des acteurs non étatiques de participer à un autre titre que celui de plaignant (*amicus curiae*) au processus de règlement des différends à l'OMC.

Face aux arguments soutenant l'extension du droit de saisine des acteurs privés à l'OMC, il existe aussi des arguments contraires. Ces derniers sont plutôt réservés lors qu'il s'agit de donner un rôle plus élargi aux acteurs privés à l'OMC mais plus motivants pour un rôle étatique traditionnel et dominant (Section II).

Section II - Les arguments opposés à l'extension du droit de saisine à l'OMC

Ainsi qu'il nous a été donné de voir antérieurement, il existe des voies alternatives à la possibilité de plainte privée qui fournissent des solutions ambitieuses pour améliorer le fonctionnement du règlement des différends. Des arguments pro-étatiques défavorables à l'accroissement du droit de porter plainte à l'OMC existent toujours. Ils s'articulent surtout autour du caractère non « privatisable » des différends commerciaux internationaux et sur la nécessité d'une mainmise étatique au sein de l'OMC (Paragraphe I). La finalité de l'intervention étatique est principalement macro économique, mais vise également au maintien de la paix et de la sécurité internationale. Une autre raison à opposer à l'intervention directe des acteurs privés à l'OMC est la carence intrinsèque de leur légitimité en son sein (Paragraphe II).

⁸⁷⁴ MAVROIDIS (P. C.) et al., « Is the WTO Dispute Settlement Mechanism Responsive to the Needs of the Traders? Would a System of Direct Action by Private Parties Yield Better Results? », *JWT*, vol. 32, n° 2, 1998, p. 164.

Paragraphe I - La nécessité d'une mainmise étatique dans le règlement des différends internationaux

Selon certains auteurs, la domination de l'État au sein de l'OMC est normale, voire même logique. Il n'est pas seulement le meilleur médiateur des intérêts divergents des acteurs qui ne sont pas étatiques, mais aussi un organe qui tient compte de tous les aspects, y compris de toutes les dimensions économiques ou non, d'une affaire (A). En outre, l'État est plus capable en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationale et en l'exécution des obligations des membres de l'OMC (B).

A - Un État pierre angulaire des relations commerciales internationales

Les défenseurs du rôle fort de l'État croient qu'il est mieux placé en ce qui concerne les négociations commerciales internationales (1) et aussi pour résoudre les différends les plus compliqués (2).

1 - La persistance nécessaire d'un rôle conciliateur de l'État

Le rôle actuel de l'État comme médiateur des intérêts divergents sur le plan national est très critiqué par les acteurs non étatiques. Or, il y a des penseurs qui trouvent que l'élargissement du rôle des acteurs privés aura des effets néfastes à l'échelle étatique. D'après les partisans de ces derniers arguments, dans le cas d'une plainte privée directe, l'État sera forcé de prendre en considération les intérêts des acteurs privés plaignants, les intérêts généraux et les intérêts non commerciaux liés à la plainte, ce qui forme une surcharge supplémentaire pour l'État.

Lors du traitement des intérêts transnationaux ou mondiaux, l'État a toujours connu des points d'affaiblissement. Pourtant, il est difficile ou presque impossible de trouver un remplaçant meilleur que l'État sur la scène mondiale. Même l'organisation mondiale du commerce ne représente pas un remplaçant persuasif de l'État, étant une organisation vouée aux échanges commerciaux internationaux et à finalité économique pure qui prend ses décisions à travers ce prisme. Elle n'a pas non plus ni les moyens ni la volonté de jouer un tel rôle⁸⁷⁵.

A priori, l'OMC pourrait accueillir les différentes participations des acteurs privés autrement qu'à titre de plaignants, telles les ONG défendant des intérêts non commerciaux (comme la protection de l'environnement, la santé ou les droits des travailleurs), mais il lui manquerait la légitimité démocratique pour le faire⁸⁷⁶. En effet, l'adhésion aux principes démocratiques n'est pas essentielle pour être un membre de l'OMC, donc on peut rencontrer des États ayant des gouvernements dictatoriaux au sein de cette organisation. Par contre, l'État à gouvernement démocratique satisfait à cette condition puisque son gouvernement est habituellement responsable de ses actes devant la population.

Les partisans du rôle supérieur de l'État trouvent que la formalisation du mécanisme interne de traitement des plaintes privées est la solution persuasive pour toutes les parties. Selon eux, elle tente d'améliorer le processus au niveau étatique et de fonder une démocratie pour tous les acteurs privés et même pour les bénéficiaires indirects de la libéralisation des échanges économiques internationaux. Cette procédure de formalisation vise à préserver l'espace national et son gouvernement à l'égard des intérêts exclusivement économiques et incite la société civile à recourir aux organes étatiques. Elle permet, selon eux, de réconcilier les problèmes actuels vécus par les acteurs privés et le rôle étatique comme un médiateur des intérêts divergents⁸⁷⁷.

Même au stade de l'invocation de la responsabilité internationale du membre de l'OMC, la supériorité de l'État comme médiateur des intérêts variés est évidente. L'intervention étatique, selon les partisans de la supériorité de l'État, est la solution adéquate pour articuler les différents régimes juridiques internationaux défendant l'environnement, la santé, les travailleurs et même la diversité culturelle. Ce rôle étatique est important dans le

⁸⁷⁵ NICHOLS (P. M.), « Participation of Nongovernmental Parties in the World Trade Organization », *op. cit.*, pp. 310-314.

⁸⁷⁶ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 542.

⁸⁷⁷ *Ibid*, p. 543.

contexte de la juridictionnalisation car il prend en considération tous les aspects économiques et politiques des situations juridiques étatiques.

En somme, selon les défenseurs de cet argument, l'État est le meilleur, voire même le seul organe adéquat pour jouer le rôle de médiateur des intérêts divergents des acteurs non étatiques⁸⁷⁸. Ils supportent l'État comme étant un organe, non seulement à finalité économique, mais qui tient compte de l'affaire de manière globale, et est un garant pour parvenir à résoudre les différends les plus sophistiqués (2). Pourtant, on constate qu'à l'heure actuelle les acteurs non étatiques deviennent plus solidaires entre eux et qu'ils n'acceptent plus un tel rôle supérieur et dominant de l'État.

2 - La complexité croissante des différends commerciaux internationaux

Quand le différend est polycentrique avec des implications et des ramifications complexes, il ne peut pas être résolu correctement de manière judiciaire. Il en résulte une limite à la juridictionnalisation du processus de règlement des différends. Si on confie un tel différend complexe à des organes non qualifiés, soit le différend ne va pas être réglé correctement, soit il va être reformulé selon les intérêts du groupe spécial. Les deux dernières hypothèses n'aboutiraient pas à de bons résultats. Suivant la même logique, Lon Fuller a écrit : « certains différends ne pouvaient être réglés adéquatement suivant un processus judiciaire - ou juridictionnalisé - en raison de leur nature trop (Polycentrique) »⁸⁷⁹.

Le règlement des différends polycentriques par le groupe spécial limitera la possibilité que toutes les parties touchées puissent présenter leurs preuves. De plus, la décision de l'OMC dans ce cas ne sera ni satisfaisante ni efficace, ce qui bloquera la résolution du litige. Pour cette raison, les autres modes diplomatiques pour régler les litiges sont préférables pour traiter un tel type de différends. Selon cette thèse, l'État souverain est incontestablement le meilleur acteur actuel, car il possède les moyens de les résoudre.

⁸⁷⁸ NICHOLS (P. M.), « Participation of Nongovernmental Parties in the World Trade Organization », *op. cit.*, p. 327.

⁸⁷⁹ FULLER (L. L.), « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, vol. 92, n° 2, 1978, p. 395.

Pour régler un différend ou un litige entre deux États adversaires, le mécanisme de règlement des différends à l'OMC nous propose des solutions avant le recours à l'ORD, ce qui est appelé la phase précontentieuse. Cette phase comprend : la consultation qui est obligatoire pour les parties, les bons offices, la médiation et la conciliation⁸⁸⁰. Les différends polycentriques peuvent être aussi réglés en sollicitant ces modes alternatifs de l'OMC à la place de la soumission du litige au groupe spécial ou à l'Organe d'appel. Pour un acteur privé, il est peu probable de recourir à ces modes subsidiaires de règlement des différends car il préfère régler directement son différend plutôt que de subir une procédure globale plus lente et fastidieuse.

Les acteurs privés préfèrent le recours devant l'ORD de l'OMC au lieu de s'opposer directement à l'État, même si pratiquement le recours étatique est plus adapté et plus adéquat. Dans les relations interétatiques entre pays de puissances différentes, la partie étatique désavantagée dans le rapport de force préfère l'existence d'un médiateur comme l'OMC, qui peut la soutenir devant la pression politique et économique de l'État fort. Par exemple, on ne peut pas imaginer qu'un État sous-développé ou du tiers monde préfère s'opposer directement à un État aussi fort que les États-Unis ; la présence d'un élément impartial d'équilibrage sera un atout et un facteur d'apaisement. Le jeu économique-politique et les différends polycentriques sont suffisamment compliqués et ramifiés pour un État souverain ; alors que peut-on attendre d'un acteur privé impuissant et mal équipé ?

Selon les défenseurs de cet argument, l'État est mieux placé pour les négociations commerciales au niveau du système commercial multilatéral. Selon des considérations tactiques, l'État détermine si porter une plainte immédiatement contre un autre État est bénéfique et utile ou non. Le fait de ne pas porter une plainte à l'OMC peut être, selon le cas, plus utile afin d'obtenir en retour des concessions de l'autre État visé. De plus, dans certains cas, il préfère que l'OMC ne statue pas sur une violation de ses accords car il pourrait être à même de commettre la même violation ultérieurement⁸⁸¹. Il semble alors nécessaire que l'État conserve un certain contrôle sur l'accès des acteurs privés au

⁸⁸⁰ Article 5, Mémoire d'accord de l'OMC.

⁸⁸¹ HUDEC (R. E.), « *Transcending the Ostensible* »: Some Reflections on the Nature of Litigation Between Governments », *Minnesota Law Review*, vol. 72, 1987, pp. 211-226.

mécanisme de règlement des différends afin de ne pas tomber dans une contradiction des intérêts ou des points de vues⁸⁸².

Selon Robert Hudec, « les différends commerciaux internationaux ne seraient pas de nature purement juridique; ils comporteraient tous un aspect politique dépassant le cadre de la compatibilité d'une mesure avec les accords de l'OMC dans un cas précis »⁸⁸³. Dans le même contexte, les opposants à l'extension du droit des parties privées de porter plainte à l'OMC mentionnent que la nature non juridique des différends internationaux n'est pas la véritable raison de leurs critiques. Selon eux, la nature polycentrique est la vraie cause qui rend l'élargissement du rôle des parties privées impossible. L'État est plus débrouillard et jouit des moyens politiques et de cadres personnels qui facilitent le règlement des différends les plus compliqués.

Le système de règlement des différends, selon Hudec, privilégie la finalité politique plus que l'application légaliste des accords de l'OMC. Une certaine défaillance est admissible dans ce système afin de prendre en compte les considérations politiques interétatiques. Il ajoute aussi que ce mécanisme de règlement des différends de l'OMC ne vise pas principalement à appliquer les accords multilatéraux mais plutôt à garder l'équilibre des relations économique-politiques entre les membres de cette organisation. L'Organe d'appel de l'OMC a exprimé dans son rapport sur l'affaire du traitement fiscal des « société de ventes à l'étranger » une ouverture vers une modification probable qui vise à rendre le mécanisme de règlement des différends plus facilitant pour l'application légaliste des accords de l'OMC: « [L]es règles de procédure du mécanisme de règlement des différends de l'OMC ont pour objet de promouvoir non pas la mise au point de techniques en matière de contentieux mais simplement le règlement équitable, rapide et efficace des différends commerciaux »⁸⁸⁴.

Les partisans de ce courant ne rencontrent pas de réelles difficultés pour prouver que l'État est le meilleur acteur qui peut gérer les différends polycentriques et garantir la paix et la sécurité internationale. Mais la finalité de ce système commercial multilatéral est elle bien de

⁸⁸² NICHOLS (P. M.), « Participation of Nongovernmental Parties in the World Trade Organization », *op. cit.*, pp. 316-318.

⁸⁸³ HUDEC, « "Transcending the Ostensible": Some Reflections on the Nature of Litigation Between Governments », *op. cit.*, p. 130.

⁸⁸⁴ Rapport de l'Organe d'appel États-Unis – Traitement fiscal des "sociétés de ventes à l'étranger", WT/DS108/AB/R, adopté le 20 mars 2000.

garantir les intérêts des acteurs privés ou de simplement soutenir l'intérêt des États membres de l'OMC ? Selon ces défenseurs, l'intérêt global prime toujours.

Selon les partisans de l'État, il n'est pas seulement la pierre angulaire au niveau des relations commerciales internationales, mais aussi un pilier de l'action juridictionnelle internationale dont il est le porteur exclusif (B).

B - Un État porteur exclusif de l'action juridictionnelle

« La théorie institutionnaliste suppose que les États sont les principaux acteurs de la scène internationale et qu'ils agissent en fonction de leurs intérêts »⁸⁸⁵. Ainsi, il est le joueur principal à l'échelle internationale capable d'aboutir à la paix et à la sécurité internationale (1), voire même à une meilleure exécution des obligations et des charges des membres de l'OMC (2).

1 - Un rôle essentiel et unique de l'État en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationale

Les États, au contraire des acteurs privés qui cherchent des intérêts économiques étroits, sont les seuls et meilleurs acteurs capables de gérer les conflits au niveau international. L'ONU, qui est une organisation internationale regroupant les États de la planète, tire sa valeur suprême de son objectif de maintien de la paix internationale. Ainsi, il n'est pas possible de coopérer dans les domaines du droit international, de développer l'économie et le progrès social ainsi que de défendre les droits de l'homme sans agir au niveau interétatique.

⁸⁸⁵ ROBERT O (K.), « *institutional theory and the realist challenge after the cold war* », in BALDWIN (D.), éd., *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate*, Columbia University Press, 1993, pp. 271-274.

La réalisation des finalités de l'ONU, à savoir maintenir la paix dans le monde, développer des relations amicales entre les nations, collaborer pour améliorer la qualité de la vie et offrir aux nations un point de rencontre, passe toujours par des voies étatiques et non privées⁸⁸⁶. Les missions de maintien de la paix prennent place après l'autorisation du Conseil de sécurité et après le consentement du pays hôte et/ou des parties essentielles au conflit⁸⁸⁷. Les États interviennent à titre collectif afin d'aboutir à un cessez le feu ou à séparer les forces pendant un conflit. La Charte dispose que l'organisation prend « des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix » et qu'elle se « réalise par des moyens pacifiques conformément aux principes de la justice et du droit international »⁸⁸⁸. Les sept principes de l'Organisation des Nations Unies sont énoncés dans le Chapitre I, article 2, de sa Charte. Ces principes reposent aussi sur la souveraineté de l'État et visent à fonder une société internationale pacifique. Cet article dispose dans son alinéa 1 que « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres ».

Dans le cadre de la décentralisation du maintien de la paix se trouve le concept de mécanisme régional sous l'appui du conseil de sécurité de l'ONU. Il vise à régler les conflits entre pays par les organisations régionales telles que l'Union Africaine (UA) ou l'OTAN. Lesdits mécanismes régionaux trouvent leurs sources dans la charte des Nations Unies de 1945 en son article 52. En effet, les activités de ces organisations régionales doivent être toujours « compatibles avec les buts et principes des Nations Unies » et elles sont destinées « à régler les affaires qui », touchant « au maintien de la paix et de la sécurité internationales, se prêtent à une action de caractère régional ».

L'Assemblée générale des Nations Unies s'estime compétente, comme le Conseil de sécurité, pour déterminer quelles sont les organisations régionales ou même sous-régionales qui remplissent les critères de l'article 52. Ce système des mécanismes régionaux de sécurité établi par les Membres de l'ONU forme une sorte de « fédéralisme plus fonctionnel qu'institutionnel, dont le Conseil de sécurité occupe le sommet »⁸⁸⁹. En effet, la totalité des

⁸⁸⁶ Chapitre I, art I de la charte des Nations Unies.

⁸⁸⁷ http://www.unric.org/html/english/library/backgrounders/pk_french.pdf

⁸⁸⁸ Chapitre I, art I, alinéa 1, de la charte des Nations Unies.

⁸⁸⁹ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, P. 1115.

actions de ces organisations est soumise au contrôle du Conseil. Les actions coercitives ne se mettent en œuvre qu'après l'autorisation préalable du Conseil⁸⁹⁰.

Les finalités de la plupart des organisations régionales sont l'intégration économique, monétaire, politique ou même religieuse. Elles sont des regroupements d'États existant dans toutes les régions du monde. Certaines d'entre elles disposent du statut d'observateur à l'Assemblée générale des Nations Unies et d'une représentation constante à New York comme par exemple l'Union Africaine (UA), le Comité juridique consultatif pour les pays d'Asie et d'Afrique, le Conseil de Coopération des États Arabes du Golfe (GCC), l'Union Européenne, l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF), la Ligue des États Arabes. Ces regroupements d'États deviennent un canal pour le conseil de sécurité en vue de résoudre les différends internationaux⁸⁹¹. En effet, il est possible de trouver des organisations politiques régionales (en Amérique Latine et en Afrique) qui cherchent un transfert de responsabilités au bénéfice des instances de l'ONU.

Les opposants au rôle plus vaste des acteurs privés dans les organes tribunaux de l'OMC citent l'ONU, composée de la totalité des États, comme la meilleure solution pour le maintien de la paix et de la sécurité internationale. L'ONU, en comptant sur la coopération entre États, prend à sa charge de défendre les intérêts mondiaux des États et des individus de ces pays. Selon ces opposants, conserver dans l'OMC le rôle dominant de l'État, responsable de toutes les entités le composant, est la meilleure solution. De plus, sa présence forte à l'OMC garantira l'exécution des obligations des membres de l'OMC (2).

⁸⁹⁰ Charte des Nations Unies, Chapitre VIII, article 53 : « le Conseil de sécurité utilise, s'il y a lieu, les accords ou organismes régionaux pour l'application des mesures coercitives prises sous son autorité. Toutefois, aucune action coercitive ne sera entreprise en vertu d'accords régionaux ou par des organismes régionaux sans l'autorisation du Conseil de sécurité. [...] ».

⁸⁹¹ Charte des Nations Unies, Chapitre VIII, article 54 : « le Conseil de sécurité doit, en tout temps, être tenu pleinement au courant de toute action entreprise ou envisagée, en vertu d'accords régionaux ou par des organismes régionaux, pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

2 - Un rôle étatique indispensable pour l'exécution des obligations des membres de l'OMC

« Les conventions sans l'épée ne sont que des mots »⁸⁹². En effet, l'intervention de l'État souverain demeure inévitable, même exclusive, au stade de la mise œuvre des décisions de l'OMC, ce qui rend l'intervention purement privée inutile. « Les personnes privées sont incapables de jouir de la plénitude des droits dans l'ordre des règles secondaires du droit international de la responsabilité de l'État, puisque la mise en œuvre coercitive de la responsabilité du membre de l'OMC nécessite l'intervention de l'État »⁸⁹³. Sans arriver au retrait des mesures incompatibles avec les accords de l'OMC, l'intervention des acteurs privés devient inutile. La complicité est évidente lors de l'obligation d'un État membre de l'OMC de cesser ou retirer un acte lésant un autre État membre. Toutefois, la réparation du préjudice matériel et la vérification du paiement de la somme d'argent déterminée dans une décision judiciaire ne semblent pas trop compliquées.

L'État peut se présenter à nouveau après la constatation de la violation des accords de l'OMC. Les négociations interétatiques jouent un rôle essentiel afin de mettre les États en accord sur l'exécution de l'obligation secondaire de cessation. De plus, un groupe spécial pourra à nouveau être établi et le processus juridictionnel continuer. Toutefois, l'accord mutuel entre les États membres de l'OMC sur la nature et la cessation semble la meilleure solution productive. Le jeu diplomatique entre États apparaît de nouveau dans la phase de l'exécution de l'obligation de cessation. Il nous semble difficile d'établir ces négociations avec les acteurs privés, étant non membres de l'OMC, car ils ne sont pas assujettis aux mêmes droits et obligations que l'État responsable.

Dans le cas où le retrait consensuel immédiat de la mesure est irréalisable, une compensation volontaire doit être accordée à l'État plaignant à titre temporaire⁸⁹⁴. Si l'État responsable ne retire pas sa mesure à la satisfaction du membre plaignant, ce dernier peut être autorisé par l'OMC à suspendre des concessions ou l'exécution d'autres obligations prévues par les accords de l'OMC. « Ce Membre se prêtera, ..., à des négociations avec toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends, en vue de trouver une compensation

⁸⁹² « *Covenants, without the sword, are but words* », Hobbes Thomas, *Leviathan*, part.1 chapitre 17.

⁸⁹³ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 555.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 556.

mutuellement acceptable. Si aucune compensation satisfaisante n'a été convenue dans les 20 jours suivant la date à laquelle le délai raisonnable sera venu à expiration, toute partie ayant invoqué les procédures de règlement des différends pourra demander à l'ORD l'autorisation de suspendre, à l'égard du Membre concerné, l'application de concessions ou d'autres obligations au titre des accords visés »⁸⁹⁵. De ce fait, l'intervention de l'État souverain, au contraire de l'acteur privé dépourvu des moyens efficaces de pression, est nécessaire pour imposer les contre-mesures économiques contre la partie responsable.

Selon M. Toop, il est impossible d'effacer totalement le rôle de l'État de nationalité dans le stade de la mise en œuvre coercitive des décisions de l'OMC⁸⁹⁶. La protection diplomatique, selon lui, en ce qui concerne la convention CIRDI, exige aussi l'intervention de l'État de nationalité de l'investisseur afin d'exécuter les décisions arbitrales jugées. La présence de l'État souverain semble aussi inévitable même après l'imposition de contre-mesures économiques. Le retrait définitif des mesures incompatibles avec les accords de l'OMC exige à nouveau des négociations multiples avec le membre auteur de l'abus.

Les opposants à l'accroissement du rôle des acteurs privés défendent le rôle inévitable de l'État. Ce rôle est important, voire incontournable, dans toutes les phases du conflit, même celle de l'exécution, ainsi que lors des négociations relatives à cette exécution. La diplomatie étatique occupe toujours un espace primordial dans le règlement des différends économiques internationaux.

En plus des arguments déjà présentés par les opposants du rôle plus vaste de l'acteur privé au sein de l'OMC, d'autres raisons s'y ajoutent. Parmi celles-ci, figure le manque manifeste de légitimité du plaignant privé (Paragraphe II).

⁸⁹⁵ Mémoire d'accord, art. 22.2.

⁸⁹⁶ TOOPE (S. J.), *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration Between States and Private Persons*, *op. cit.*, pp. 251-252, 261-262.

Paragraphe II - Une carence intrinsèque de la légitimité du plaignant privé à l'OMC

La carence de légitimité des plaignants est avancée par les opposants à l'action des acteurs privés devant l'OMC⁸⁹⁷. Le fait pour une entreprise touchée par une mesure incompatible avec les accords de l'OMC de porter plainte à l'ORD peut se concevoir au niveau de l'intérêt à agir. Pourtant, l'action des membres des secteurs industriels à l'OMC conduirait à créer des problèmes. En l'absence de conditions strictes de transparence, comment éviter les recours de mauvaise foi devant l'ORD? Pourtant, les souteneurs de l'action privée à l'OMC plaident pour une forme d'alignement du régime de l'ORD avec celui du droit de l'investissement direct à l'étranger. Celle-ci est cependant sujette à controverses, son acceptation ne faisant pas l'unanimité.

Le mécanisme et la finalité du régime de responsabilité du membre de l'OMC est entièrement différents de celui de l'État hôte dans le nouveau droit de l'investissement étranger direct. Il est donc impossible de transposer à l'identique le recours privé de l'investisseur étranger (A). En effet, les acteurs privés ne peuvent pas directement réclamer des dommages-intérêts dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Les objectifs principalement économiques des acteurs privés semblent loin des buts et des finalités substantiels de l'OMC (B), ce qui suscite des oppositions à l'extension possible de leur rôle dans cette organisation.

⁸⁹⁷ NICHOLS (P. M.), « Two Snowflakes Are Alike: Assumptions Made in the Debate Over Standing Before World Trade Organization Dispute Settlement Boards », *Fordham Int'l L.J.*, vol. 24, n° 427, 2000, p. 438.

A - L'impossible alignement des régimes du droit de l'investissement direct à l'étranger et du droit de l'OMC

Longtemps soumis à une protection rudimentaire (développée à partir des principes généraux du droit international), le droit de l'investissement direct à l'étranger⁸⁹⁸ a été largement développé par les tribunaux d'arbitrages internationaux. Essentiellement jurisprudentiel à l'origine⁸⁹⁹, ce droit a été enrichi par l'émergence des conventions bilatérales de protection et de promotion des investissements. Stimulé par un large contentieux de l'expropriation, ce droit est aujourd'hui imprégné de considérations réparatrices, ce qui implique une recherche de l'indemnisation des préjudices subis par les acteurs privés au cours de leurs opérations d'investissement. Ainsi, c'est bien l'inapplication de la protection diplomatique qui a permis au droit des investissements directs à l'étranger de se développer, irrigué par des recours privés toujours plus nombreux visant à mettre en cause la responsabilité internationale des États pour obtenir l'indemnisation de leurs préjudices.

À l'OMC au contraire, le recours vise en premier lieu à obtenir la cessation de l'action dommageable, et non sa réparation. Ainsi, la logique microéconomique du recours privé indemnitaire laisse la place à une logique macroéconomique de promotion des échanges, qui passe par une action étatique. Le régime de responsabilité des membres de l'OMC vise donc à articuler la totalité des principes, normes et concepts sous-jacents au règlement des différends internationaux commerciaux. Ainsi, la position de l'acteur privé dans ce contexte normatif est différente de celle de l'État, et la théorie de la protection diplomatique est ici aussi inapplicable. En effet, comme le préjudice résultant du non-respect des accords de l'OMC est subi par l'État membre de l'OMC, c'est à lui de se défendre et non à des acteurs privés.

Par ailleurs, même s'il apparaît que le droit de l'OMC exclut l'application directe des règles sur la responsabilité des États, ou du moins de certaines d'entre elles, ces règles, dans

⁸⁹⁸ L'Investissement Direct à l'Étranger (IDE) se concrétise non seulement par un transfert de flux financiers, mais aussi par un transfert de technologie et de capital humain (personnels expatriés). L'IDE est à l'origine de la création des firmes multinationales ou sociétés transnationales. À partir de l'établissement de filiales à l'étranger, l'activité de la firme multinationale sera, en plus de l'IDE, d'organiser ses activités de conception au niveau international, de production et de distribution de ses produits ou services. En conséquence, les relations entre les filiales et la maison-mère donnent alors lieu à un commerce international intra-firme qui lui ne relève plus des IDE.

⁸⁹⁹ Par exemple, arrêt *Metalcald / Mexique* du 30 août 2000, dans lequel le juge tire de l'obligation général de traitement juste et équitable une véritable contrainte de transparence.

la mesure où elles sont coutumières, lient les membres de l'OMC. À l'occasion du différend États-Unis - Coton, l'Organe d'appel, après avoir analysé les dispositions de sauvegarde de l'Accord sur les Textiles et les Vêtements, a déclaré :

« Notre opinion est encore étayée par les règles du droit international général sur la responsabilité des États, qui exigent que les contre-mesures prises à la suite du manquement des États à leurs obligations internationales soient proportionnelles au préjudice subi »⁹⁰⁰.

Ceci est transposable pour tous les droits et obligations découlant du droit international. Ils ont force obligatoire et doivent être respectés par tous les États, mais ils ne font pas partie du droit de l'OMC, dont les organes juridictionnels ne peuvent en garantir l'application.

D'après les opposant au rôle plus important des acteurs privés au sein de l'OMC, non seulement les règles de traitement des recours sont différentes entre le droit des IDE et celui de l'OMC, mais les acteurs privés et les États poursuivent également des objectifs différents (B).

⁹⁰⁰ Rapport de l'Organe d'appel, États-Unis – Mesure de sauvegarde transitoire appliquée aux fils de coton peignés en provenance du Pakistan (« États-Unis - Coton »), WT/DS192/AB/R, adopté le 5 novembre 2001, §120.

B - Une finalité substantielle de l'OMC incompatible avec la poursuite d'intérêts purement privés

L'OMC vise à mettre un terme aux obstacles tarifaires et à mettre en place des règles communes afin d'accéder à une libéralisation totale des échanges, des services et des produits agricoles et à la protection de la propriété intellectuelle. Les principes des accords commerciaux multilatéraux de l'OMC protègent donc des intérêts communs pour tous les pays membres. Par exemple, le principe de la nation la plus favorisée implique que chaque membre de l'OMC qui accorde des avantages commerciaux à un pays doit accorder les mêmes avantages à l'ensemble des pays membres de l'OMC. Le principe du traitement national impose aux pays membres de traiter les produits étrangers de la même manière que leur produit national. De même, le principe sur la prévoyance et la transparence signifie l'interdiction de toutes les restrictions d'importations sauf les droits de douane déjà fixés par l'OMC⁹⁰¹.

En effet, les missions de l'OMC sont centrées sur l'administration et la négociation des accords commerciaux, le règlement des différends commerciaux, l'examen des politiques commerciales nationales, l'aide des pays en développement dans le domaine de la politique commerciale et la coopération avec les autres organisations internationales. Il est évident que ces missions sont étatiques et plus amples que la poursuite des intérêts personnels des individus⁹⁰².

Seul l'État prend en considération les aspects non-commerciaux et cherche à minimiser les impacts sociaux négatifs découlant de la mondialisation de l'économie internationale, dans un but de maintien de la paix et de la sécurité. Il a donc seul la prérogative de mise en cause de la responsabilité internationale d'un autre État membre de l'OMC et l'accès à son système de règlement des différends parce qu'il poursuit une finalité plus globale.

Quant aux acteurs privés, ils peuvent certes jouer un rôle remarquable sur le plan de la juridicisation, mais à titre différent que celui de plaignant. En intervenant sans porter plainte contre un autre État, ils pourraient valoriser également des intérêts non-commerciaux, ce qui assure un fonctionnement meilleur du système commercial multilatéral. Par exemple,

⁹⁰¹ http://perso.fundp.ac.be/~cedes6/f5/gr4/Cb_OMC_strct_fonct_buts.htm, consulté le 25/10/2012.

⁹⁰² http://perso.fundp.ac.be/~cedes6/f5/gr4/Cb_OMC_strct_fonct_buts.htm, consulté le 25/10/2012.

l'inclusion d'une clause sociale dans les accords de l'OMC servira à justifier l'interdiction de mesures incompatibles au nom par exemple de la protection des droits des travailleurs. La transcription de cette clause dans les contrats internationaux poursuivrait ainsi un but extra-économique. Les acteurs privés participent à la création de la richesse qui supporte la libéralisation du commerce international⁹⁰³. Toutefois, l'État doit garder le monopole de l'étape de la redistribution de cette richesse au niveau national car il est plus habile et a une politique fiscale claire et bien étudiée⁹⁰⁴.

Pour conclure, la fonction et la finalité du régime de responsabilité du membre de l'OMC sont entièrement différentes de celui du nouveau droit de l'investissement étranger direct ; aussi le recours privé de l'investisseur étranger ne peut-il pas y être transposé. En effet, selon les opposants au recours privé, l'extension du droit de porter plainte à l'OMC ne mènerait pas à une meilleure régulation de la mondialisation, tenant compte des aspects non-commerciaux soulevés par l'application des accords de l'OMC. Pour cela, des modifications substantielles et non seulement procédurales sont nécessaires, en lien avec le débat sur la nécessité de prévoir de nouvelles règles pour gérer l'inter-normativité des régimes de droit international.

La possibilité de l'extension des droits des acteurs privés à l'intérieur de l'OMC est un sujet sophistiqué et controversable. Plusieurs auteurs soutiennent l'État comme le meilleur acteur et défendeur, capable de résoudre les différends commerciaux internationaux et d'appliquer les règles de l'OMC, voire même du droit international. Ils acceptent un rôle limité de ces opérateurs privés mais, surtout, à titre différent de celui de plaignant. En outre, plusieurs arguments soutenant un rôle plus important des acteurs privés à l'OMC ont émergé ultérieurement. Ils trouvent qu'un tel rôle sert à la juridicisation et à la dépolitisation des litiges commerciaux internationaux. Bénéfique ou nocive, l'intervention directe de l'acteur privé au cœur de l'OMC demeure une question d'actualité et mérite des études et analyses plus approfondies.

⁹⁰³ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 557.

⁹⁰⁴ MCRAE (D. M.), « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law », *Recueil des Cours*, vol. 260, 1996, p. 143.

Conclusion

En principe, les États et les organisations internationales sont les uniques acteurs capables d'être titulaires de droits et de devoirs internationaux. Il est évident que les États sont les sujets internationaux les plus importants et qu'ils sont plus compétents pour la négociation et la conclusion des accords internationaux, mais il semble injuste de considérer les acteurs privés comme des acteurs secondaires, soit par leur efficacité, soit par leur taille.

Certaines grandes entreprises, par exemple, ne sont plus seulement multinationales ou internationales, mais aussi transnationales. De plus, ce sont particulièrement les entreprises qui ont participé à l'enrichissement du dialogue interculturel pendant les dernières années. Leur poids quantitatif et le chiffre d'affaires considérable qu'elles réalisent peuvent les placer au même niveau que des États au sein du système commercial international. Sarah Andersen et John Cavanagh de l'« *Institute for Policy Studies* » de Washington ont publié en décembre 2000 un chiffre qui a fait le tour du monde : « cinquante et une des plus grandes économies mondiales sont des entreprises et quarante neuf des États »⁹⁰⁵. De nos jours, les plus grandes fondations représentent une « force de frappe » économiquement plus importante que la plupart des ministères des Affaires Étrangères ou même des agences de l'ONU. Leur poids financier fait de ces entreprises de véritables acteurs sur la scène internationale. Ainsi, les opérateurs non étatiques pèsent d'un poids aussi lourd que les acteurs étatiques.

Quant à la flexibilité d'action, celle de l'État est entravée par le fait qu'il ne traite, en principe, qu'avec ses égaux, autrement dit, les représentants des autres États, ce qui limite amplement la nature de ses actions et de ses interlocuteurs. Le contrôle parlementaire, essentiel dans les pays démocratiques, forme un autre obstacle à l'action de l'État, sans oublier les enjeux politiques et diplomatiques qu'il doit prendre en compte. Étant donné qu'ils sont généralement hautement spécialisés, les opérateurs privés disposent à l'inverse de la possibilité d'agir sur le terrain et de choisir librement leurs interlocuteurs, voire même leurs modes d'action, ce qui peut être considéré comme un atout. De plus, les organisations non étatiques, contrairement aux États prisonniers de leurs systèmes hiérarchiques, sont davantage capables de s'adapter à la diversité des nouvelles situations mondiales qui sont à la fois complexes et exigeantes.

⁹⁰⁵ <http://www.world-governance.org/spip.php?article271>, consulté le 13/05/2013.

Les traités bilatéraux d'investissement (TBI) sont venus octroyer des droits et des obligations internationales aux investisseurs. Ces derniers sont devenus des sujets de droit international public classique bien qu'ils soient des acteurs non étatiques. Le rôle des acteurs privés dans l'ordre juridique international ne cesse en effet de s'amplifier. Par plusieurs méthodes de collaboration, de coordination et de consultation, ils sont arrivés à exister au sein des organisations internationales. Par exemple, lors de la conférence de Copenhague sur le réchauffement climatique, les ONG ont joui du statut d'observateur à la Convention cadre des Nations Unies concernant les changements climatiques « CCNUCC »⁹⁰⁶. Cette intervention sans précédent des acteurs non étatiques est considérée comme l'illustration d'un droit international public en pleine agitation. Il est possible que les acteurs de la société civile soient ainsi un jour des sujets à part entière de droit international public.

Par contre, la participation de ces acteurs privés à la prise de décision mondiale est perçue par les pays en développement (PED) comme un soutien à la position des pays développés, d'où proviennent la majorité de ces acteurs. Aujourd'hui, cette situation change grâce aux récentes mobilisations de la part de la société civile au sein de ces PED⁹⁰⁷. La difficulté actuelle est la tendance de ces pays de retourner vers un certain étatisme. Cette tendance s'explique aussi par une délégitimation de l'OMC due à son fonctionnement obscur.

En effet, certains dysfonctionnements sont apparus au fil des premières années. Cheval de bataille des ONG, la transparence et le contrôle démocratique de l'Organisation font défaut. Alors que les règles de l'OMC ont un impact croissant sur les populations et les entreprises des États membres, de plus en plus de voix s'élèvent pour dénoncer le caractère opaque du mécanisme de règlement des différends. Certains auteurs sont d'ailleurs d'avis que la confidentialité des procédures à l'ORD serait un obstacle à l'achèvement d'une véritable juridictionnalisation⁹⁰⁸. Certaines améliorations ont certes déjà été apportées, en particulier dans l'accès en ligne aux documents de l'Organisation. En dépit de cela, l'OMC reste encore trop secrète. Or, en assurant une ouverture réelle à la société civile, cette organisation bénéficierait d'une plus ample transparence et sa légitimité serait mieux garantie.

⁹⁰⁶ EL-HOSSENY (F.), *L'accès de la société civile à la justice internationale économique*, mémoire de Maîtrise en droit LLM, Université de Montréal, décembre 2009, p. 151.

⁹⁰⁷ GIRAUD (P. N.), « Mondialisation, emploi et inégalité », in BOYER (R.) et (AL.), *La mondialisation au-delà des mythes*, La Découverte, 1997, p. 102.

⁹⁰⁸ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 84.

Il y a quelques années, il n'existait qu'une seule source indépendante d'information détaillée sur les activités de l'OMC, le Bulletin SUNS « *South North Development Monitor* », publié à Genève. Le SUNS publiait à peu près quotidiennement des rapports sur les négociations qui se déroulaient auprès des organes du GATT avant, pendant et après l'Uruguay Round, entre 1986 et 1995⁹⁰⁹. Bien que les négociations aient eu lieu à huis clos, le SUNS réussissait à collecter les informations grâce à des rencontres avec des diplomates de l'OMC, mais aussi via l'obtention et le résumé de documents officiels et non officiels et via les processus de négociation. Les rapports et les analyses du SUNS sont devenus les meilleurs documents non officiels sur l'histoire des négociations de l'Uruguay Round et sur les premières années de fonctionnement de l'OMC. À cette époque, les ONG avaient également eu accès aux informations lors de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED). De plus, à partir de la fin des années 1980, plusieurs ateliers de dialogue annuels entre des officiels de la CNUCED et les ONG ont eu lieu. Des documents, brochures et articles émanant de la CNUCED ont aussi été mis à la disposition des ONG et du public, ce qui a contribué à la diffusion de l'information auprès des ONG.

Plusieurs démarches visant à corriger la mauvaise perception de l'OMC par le public ont été mises en œuvre par le Secrétariat et certains gouvernements. Le but était d'améliorer les liens avec les organismes de la société civile et de rehausser l'image de l'OMC parmi le public. L'OMC a entamé ces dernières années des initiatives en ce sens. Elle assure une diffusion accrue de documents au public, organise des séminaires de dialogue entre ONG et gouvernements et des séances d'information pour les ONG établies à Genève. Elle prévoit également une certaine forme de participation des ONG aux conférences ministérielles de l'OMC⁹¹⁰.

Exclus de ce mécanisme interétatique, les acteurs privés ne peuvent faire valoir leurs droits au niveau international que par le biais de la protection diplomatique ou dans le domaine de l'investissement étranger direct. Pourtant, le droit de ces acteurs d'invoquer la responsabilité internationale de l'État dans le nouveau droit de l'investissement étranger direct n'est pas assuré dans le régime spécial de responsabilité des membres de l'OMC. La théorie de la protection diplomatique n'est pas non plus applicable en raison de l'immédiateté du préjudice

⁹⁰⁹ KOHLER (M.), « Interaction de la société civile avec l'OMC », p. 41, consulté sur le site : <http://fimforum.org/f/library/MKhorfr1999.pdf>.

⁹¹⁰ BAE (J.-S.), *Le règlement des différends dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce*, sous dir., ECKLY (P.), Univ. Robert Schuman ; Strasbourg III, 1999, 418 p.

subi par les membres dans une situation de violation ou même de non-violation. En effet, les États sont les seuls qui peuvent subir un préjudice lié à l'annulation ou la réduction des avantages résultants des accords de l'OMC dont ils bénéficient. Ces acteurs privés ne peuvent pas agir à l'OMC en tant que personne lésée, contrairement au domaine de l'investissement étranger direct, où le préjudice matériel donne naissance pour eux à un droit d'invoquer la responsabilité internationale de l'État. Même s'ils avaient ce même droit dans le cadre de l'OMC, les règles de cette organisation s'opposent à la réparation de leur préjudice matériel⁹¹¹.

Ces vingt dernières années, les évolutions et les dysfonctionnements de l'Organisation Mondiale du Commerce et de ses organes (l'organe de règlement des différends surtout) ainsi que les obstacles à la participation des opérateurs privés au niveau international ont en outre été étudiés par plusieurs auteurs et chercheurs.

Bob Kieffer a principalement traité les sujets du développement du droit international articulé autour de l'État (l'État centriste) et de l'émergence d'une nouvelle gouvernance mondiale. Il a montré dans sa thèse la concurrence entre d'une part l'État régalien et la souveraineté nationale et d'autre part le droit de l'OMC. Son travail s'est intéressé aussi aux situations juridiques différentes de celle de l'État : les entités inter-étatiques (le cas des CE), les entités quasi-étatiques (le cas de Taiwan), ainsi que les ONG et les sociétés transnationales (STN). Son étude a abordé également l'influence et les effets de l'OMC sur la fragmentation du droit international et sur la protection des droits de l'homme. Il a présenté l'Organe de règlement des différends comme une innovation majeure des Accords de Marrakech et comme un pilier de la bonne gouvernance. Ce travail important se penche en outre sur le rôle de l'OMC et les évolutions du système institutionnel international contemporain.

Minoarison Naivoson Johary Andrianarivony a aussi été passionné par ce sujet. Dans sa thèse qui a pour titre « L'émergence progressive d'une juridiction internationale des échanges », il approfondit tant les aspects juridictionnels que les aspects non-juridictionnels du règlement des différends dans le cadre de l'OMC. L'aspect évolutif de cette problématique a également été pris en compte dans notre étude. En effet, celle-ci intègre la situation des acteurs privés avant la signature des accords du GATT, pendant leur mise en œuvre, depuis la création de l'OMC jusqu'à aujourd'hui mais aussi les perspectives envisageables pour le futur.

⁹¹¹ CÔTÉ (C. E.), *op. cit.*, p. 568.

Charles-Emmanuel Côté fait également partie des universitaires aux travaux incontournables traitant des personnes privées au niveau international. Son ouvrage est intitulé « La participation des personnes privées au règlement des différends internationaux économiques : l'élargissement du droit de porter plainte à l'OMC ». Tout comme ses pairs, Côté s'interroge sur la nature juridique et le règlement des différends portés à l'OMC. De plus, il étudie les recours des personnes privées dans le vaste cadre du règlement des différends internationaux économiques. Il constate en outre l'existence de problèmes concernant le mécanisme actuel de règlement des différends de l'OMC et envisage deux directions à donner aux solutions. D'une part, il expose les voies alternatives à l'élargissement du droit de porter plainte en faveur des personnes privées ; d'autre part, il propose un élargissement de ce même droit. Il envisage d'une façon différente à la notre la notion de personne privée. En effet, la présente étude s'attache à étudier celle-ci dans un cadre très large, en opposition à la personne juridique qu'est l'État. Ainsi, ont été abordés des cas plus variés comprenant les panélistes et les membres de l'Organe d'appel de l'ORD.

Le nouveau mécanisme de règlement des différends de l'OMC, tel qu'il résulte des Accords de Marrakech de 1994 et de la pratique suivie depuis lors a également été traité par Eric Canal-Forgues dans un ouvrage intitulé sobrement « Le règlement des différends à l'OMC ». L'auteur privilégie les aspects de droit procédural et les techniques d'application et d'interprétation des Accords de l'OMC à travers les solutions adoptées par l'ORD sur le fondement des rapports rendus par les groupes spéciaux et par l'Organe d'appel. Le sujet de notre étude recoupe partiellement celui d'Eric Canal-Forgues, mais adopte une perspective plus large, d'une part concernant la notion de personne privée, d'autre part s'agissant des juridictions étudiées.

Jaeng Saeng Bae, dans sa thèse « Le règlement des différends dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce », constate après trois ans de fonctionnement de l'Organe de règlement des différends, que le bilan est globalement positif. Un des pionniers de l'étude de cet organe, il souligne cependant que ce bilan n'est pas définitif du fait de la courte période analysée. En outre, il pointe des insuffisances et des imperfections au niveau des règles et des procédures régissant le règlement des différends. Il envisage ainsi la perspective d'un réexamen du mémorandum d'accord sur les règles et les procédures régissant le règlement des différends. S'inspirant de cette analyse, notre étude approfondit les aspects concernant le positionnement des acteurs privés au sein de l'OMC.

La présente étude a envisagé les possibilités pour les acteurs privés d'exercer un rôle dans le cadre de l'ORD de l'OMC. Quelques voies d'accès indirects sont déjà mises en œuvre au sein du système de règlement des différends de l'OMC. Parmi elles se trouve la possibilité subsidiaire offerte aux acteurs privés d'accéder sous le titre d'*amicus curiae*. Il s'agit d'un accès partiel, récemment octroyé, qui formerait les prémices d'un accès des personnes privées à part entière. Il s'avère pourtant que les conditions et les modalités d'intervention de l'ami de la cour sont plutôt strictes. En effet, la position des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel a changé concernant l'*amicus curiae*, ce qui rend la société civile davantage capable d'apporter une certaine transparence et légitimité aux solutions des différends internationaux économiques. Toutefois, cette possibilité alternative à l'intervention directe des opérateurs privés ne doit être utilisée en aucun cas pour élargir le contradictoire ou même pour fabriquer une légitimité de façade.

Une présence des personnes physiques en tant que membres est prévue auprès des groupes spéciaux et auprès de l'Organe d'appel de l'OMC. Ils sont choisis parmi les personnes de haut niveau juridique et intellectuel et présentant des garanties d'indépendance. Toutefois, ils ne sont que des fonctionnaires qui obéissent aux règles de la cour et ne peuvent pas défendre leurs intérêts personnels et collectifs. Une présence des arbitres est également prévue dans différentes phases de litige dans le cadre de l'OMC. Malgré l'importance de leur rôle, elle est loin d'être considérée comme une intervention privée directe à l'OMC car ces personnes participent au fonctionnement du système de règlement des différends et ne défendent pas leurs intérêts privés.

Plusieurs mécanismes nationaux de traitement des plaintes privées ont été établis au sein des membres de l'OMC. Ces voies d'accès nationales incitent les gouvernements à agir au niveau international. Aux États-Unis, un recours quasi judiciaire existe en vertu de l'article 301 du *Trade Act of 1974*. Ce recours permet à toute partie intéressée de demander au « *US Trade Representative* » d'entamer une enquête sur la pratique d'un État étranger. Les recours devant les tribunaux fédéraux américains de droit commun peuvent être envisagés comme le début d'une procédure américaine au niveau international. L'Union européenne n'a pas tardé non plus, une procédure semblable est devenue possible à la Commission européenne avec l'application du *Règlement 2641/84*, abrogé par le *Règlement 3286/94*. C'est un recours interne collectif visant la défense des intérêts d'une industrie communautaire touchée. Le Canada n'a pas mis en œuvre de mécanisme interne formel qui vise les plaintes des acteurs privés canadiens concernant la violation des accords de l'OMC. Le traitement de ces plaintes

reste informel, sans aucune assise juridique et pratique. De fait, l'Association du barreau canadien, une ONG représentant les intérêts du milieu juridique canadien, a créé un comité national pour promouvoir la création au Canada d'un mécanisme national de traitement des plaintes privées concernant la violation de ces accords⁹¹². Malgré cela, cette initiative est restée sans suite et aucun mécanisme formel n'existe au Canada à ce jour. Le mécanisme à deux étages de certains pays membres de l'OMC devrait être généralisé au sein des autres membres de cette organisation.

Par ailleurs, une action directe des acteurs privés est proposée par la doctrine. Certains auteurs sont pour l'idée de lever le voile afin d'admettre officiellement ce qui existe officieusement. L'extension du droit de porter plainte à l'OMC en faveur des acteurs privés reste peu opportune. L'accès direct au mécanisme général de règlement des différends prévu par les traités d'intégration économique régionale reste toujours exclusif à l'État. Ainsi, les problèmes auxquels les opérateurs privés sont confrontés aujourd'hui dans le mécanisme de règlement des différends devraient être résolus autrement que par l'octroi en leur faveur d'un accès direct à l'OMC. Étant essentiel, le rôle premier de l'État comme médiateur des intérêts divergents dans la gouvernance du système commercial multilatéral doit être sauvegardé.

En ce qui concerne l'avenir, la FIDH a formulé des propositions en faveur de l'insertion d'une clause « droits de l'homme » et de la création d'un statut consultatif pour les ONG⁹¹³. La clause « droits de l'homme » poserait d'abord le principe du respect inconditionnel des normes internationales en matière de droits de l'homme. Ensuite, il serait judicieux de mettre en place un système cohérent de consultation des ONG. Celui-ci impliquerait l'instauration pour ces organisations représentatives de la société civile d'un statut consultatif. Un Comité de liaison des ONG pourrait également être créé au sein de la Division des Relations Extérieures. Il paraît par ailleurs essentiel d'organiser de façon plus systématique des symposiums ONG-OMC sur l'ensemble des sujets et les mettre en lien avec les réunions des différents Conseils et Comités. Enfin, pour ce faire, il importe d'augmenter les ressources allouées au Secrétariat afin de mettre en œuvre ce système de consultation.

L'objectif de ces propositions est d'apporter une contribution au débat sur le rôle de la société civile au sein de l'OMC. La FIDH se dit prête à collaborer avec le Secrétariat de

⁹¹² CARMODY (C.), « Customs Tariff S. 59(2): a `Canadian 301`? », *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 690-693.

⁹¹³ Rapport de Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, L'OMC et les droits de l'Homme, n° 320, novembre 2001, p. 18,(20 pages).

l'OMC et les autres ONG concernées afin que l'ensemble de ces recommandations puissent être mises en œuvre de façon pratique⁹¹⁴.

Une meilleure application des règles de l'OMC implique également des réformes internes. Il paraît en effet essentiel de compléter le processus par lequel les plaintes privées concernant l'application de ces règles sont traitées par les États membres. La pratique actuellement suivie aux États-Unis et dans l'Union européenne gagnerait à être formalisée et clarifiée. Elle pourrait en outre être enrichie de garanties procédurales destinées à améliorer l'efficacité et la transparence et d'augmenter la qualité de l'exercice de médiation effectué par les membres de l'OMC. Cette voie indirecte de participation des particuliers à cette organisation semble devoir être privilégiée car il apparaît que le meilleur moyen des acteurs privés d'accéder à l'OMC, pour la société civile, reste toujours l'État de nationalité.

Malgré les tentatives multiples pour établir une interaction véritable entre l'OMC et les acteurs privés, l'organisation demeure fermée à une telle action. L'accès des ONG et des autres opérateurs privés aux documents ou aux symposiums de dialogue reste toujours limité. Il semble alors indispensable que la société civile, mais aussi les parlementaires, les diplomates et les décideurs du sud et du nord jouissent d'un accès élargi, à la fois en termes d'information et aussi de participation. Cette extension est théoriquement possible mais fait face à plusieurs obstacles concernant l'application réelle.

En somme, il n'existe ni d'équation simple entre les acteurs privés, la société civile et l'État, ni d'homogénéité ou d'unité entre ceux-ci. Les États membres de l'OMC sont toujours mieux placés, à l'échelle mondiale, que les acteurs privés pour faire la médiation entre les intérêts divergents des particuliers.

Pourtant, il est difficile de voir l'OMC comme un organe de promotion du développement dépourvu d'une influence considérable de la part des groupes privés. Un accès de la société civile et du public au-delà de l'intervention à titre d'*amicus curiae* apparaît nécessaire à la justice internationale économique. Il semble également urgent d'instaurer un principe de publicité des débats et d'effectuer des réformes structurelles afin d'imposer les principes de transparence et de responsabilité, seuls à mêmes de contribuer à la démocratisation et à la juridisation à l'OMC. Néanmoins, les modalités et les conditions d'un tel progrès restent évidemment à déterminer.

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 18.

Il semble également essentiel que les États membres s'efforcent d'enrichir le dialogue avec les acteurs privés et la société civile sur les questions de politique commerciale. Même s'il existe déjà une dynamique propre concernant les relations entre l'OMC et la société civile, une telle consolidation des liens au niveau national aura des conséquences notables au cœur de l'OMC. La participation des acteurs privés doit avoir lieu dès le dépôt de plainte par un État membre. Ce serait en effet un apport important pour le triomphe de l'intérêt général.

Une collaboration entre-membres sera utile pour définir les lignes directrices des relations entre l'OMC, la société civile et le public. Quant aux pays en développement ou aux pays moins avancés, un effort particulier sera nécessaire. Il faut soutenir la société civile et les organisations locales auprès de ces pays, notamment celles qui s'occupent des questions commerciales. Cela peut être réalisé via la collaboration accrue avec les organisations et les groupes de réflexion régionaux. Toutefois, il ne faut ni exclure certaines organisations en nouant des liens avec les autres, ni s'approcher trop des organisations dont le but est d'affaiblir l'OMC. Enfin, le renforcement des relations de l'OMC avec la société civile est impossible sans prévoir les ressources et les fonds nécessaires.

Une chose est certaine : la société civile ne cessera pas d'intervenir sous le titre d'*amicus curiae* et sous les autres formes possibles auprès des juridictions internationales économiques. Il semble clair que ces interventions ne feront qu'augmenter jusqu'à ce que le droit de la société civile d'être entendus soit reconnu de façon incontestable. Par contre, les études et les revendications ne doivent pas s'arrêter sur la demande d'une plus grande participation de la société civile à l'OMC. Il faut au contraire commencer à enquêter sur les stratégies de ces entités et analyser leur impact. Pour de meilleurs résultats, l'analyse d'un futur rôle et la participation des ONG doit être basée sur une méthode empirique solide.

Le droit international ne peut pas rester centré sur l'État. L'ancien concept d'un droit des États, par les États et pour les États doit être révisé. En effet, la détention de compétences souveraines n'est plus l'attribut des seuls États. Les entités privées et quasi étatiques peuvent s'en prévaloir. Si l'idée d'un monde sans souveraineté n'est qu'une théorie peu probable, l'idée d'un monde où les États ne sont pas les seuls souverains est possible, mais dans un futur lointain⁹¹⁵.

⁹¹⁵ COHEN (S.), « *Un monde sans souveraineté : la fin d'un mythe* », Le Monde, 7 février 2004, p.1 et p. 15.

Les membres de l'OMC devraient regarder au-delà des litiges les concernant en cours et concevoir qu'une plus grande transparence permettrait d'assurer plus d'équité et de justice dans le système. Ceci serait bénéfique pour la communauté internationale dans son ensemble et à long terme. L'OMC devrait préparer le climat et les moyens afin d'encourager les acteurs privés à participer à son processus de règlement des différends et avoir plus d'informations concernant les différends en question. Ces évolutions sont nécessaires pour une meilleure administration de la justice. Cela permettrait certainement de provoquer une plus grande clarté dans les règles concernant l'équité procédurale dans le processus de règlement des différends.

La démocratisation des relations internationales passe par la réforme radicale des organisations internationales, notamment à l'Organisation Mondiale du Commerce. Subira-t-elle de vraies transformations pour un rôle renforcé des acteurs privés ? De vraies transformations auront-elles lieu prochainement ? La réponse se trouve dans les années suivantes.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- ABI-SAAB (G.), dir., *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, 292 p.
- ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, la République des idées, 2005, 95 p.
- AMERASINGHE (C. F.), *Principles of the International Law of International Organizations*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, 519 p.
- ARBOUR (j.-M.), *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2002, 1038 p.
- BERTHELOT (E.), *La Communauté européenne et le règlement des différends au sein de l'OMC*, Renne, Apogée, 2001, 151 p.
- BETTATI (M.), *Le droit des organisations internationales*, Coll. « Que sais-je ? », n° 2355, Paris, Presses universitaires de France, 1987, 126 p.
- BHALA (R.), KIVEN (K.), *World Trade Law*, Californie, Lexis Law Publishing, 1998, 1382.
- *Black's Law Dictionary*, 6^e éd., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990, 816 p.
- BODIN (J.), *Les six livres de la République, Chapitre VIII* (« De la souveraineté »), Livre I, Lyon, Imprimerie de Jean de Tournes, 1579, 295 p.
- BROWNLIE (I.), *Principles of public international law*, 4^e éd., Londres , Oxford University Press, 1990, 748 p.
- BRYAN (A. C.), *A Dictionary of Modern Legal Usage*, New York, Oxford University Press, 1987, 587 p.
- CARREAU (D.), JUILLARD (P.), *Droit international économique*, Dalloz, 2003, 706 p.
- COPPENS (P.), *Normes et fonctions de juger*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 1998, 290 p.
- COUET (J. F.), DAVIE (A.), *Dictionnaire de l'essentiel en sociologie*, 3^e éd., Paris, 2002, p. 176 p.

- DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, 1709 p.
- DE SENARCLENS (P.), *Mondialisation, souveraineté et théories des relations internationales*, Paris, Armand Colin, 1998, 218 p.
- DIAMOND (L.), McDONALD (J.), *Multi-track Diplomacy*, West Hartford, Kumarian Press, 1996, 182 p.
- Dormoy (D.), *Droit des organisations internationales*, Paris, Dalloz, 1995, 114 p.
- DUPUY (P. M.), KERBRAT (Y.), *Les grands textes de droit international public*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2012, 950 p.
- DUPUY (R. J.), *Manuel sur les organisations internationales*, 2^e éd., Académie de Droit international de La Haye, Dordrecht, Nijhoff, 1998.
- FRIEDMANN (W.), *The Changing Structure of International Law*, New-York, Columbia University Press, 1964, 410 p.
- GAUDEMET (J.), *Les institutions de l'Antiquité*, 7^e éd., Paris, Domat, 2002, 512 p.
- JACKSON (J. H.), *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relation*, 2^e éd., Cambridge, Massachusetts Institute of Technology Press, 1997, 441 p.
- JARROSSON (C.), *La notion d'arbitrage*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1987, 407 p.
- JARROSSON (CH.), *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, 407 p.
- KOHLER (G. K.), RIGOZZI (A.), *Arbitrage international : droit et pratique à la lumière de la LDIP*, Genève, SCHULTHESS, 2006, 381 p.
- LAJOIE (A.), *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, 217 p.
- LUHMANN (N.), *Politique et Complexité- Les contributions de la théorie générale des systèmes*, Paris, Les éditions du Cerf, 1999, 185 p.
- MACLEAN (R. M.), VOLPI (B.), *EU Trade Barrier Regulation: Tackling Unfair Foreign Trade Practices*, Bembridge, Palladian Law, 2000, 215 p.
- MACRORY (P.), APPLETON (A.), PLUMMER (M.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, vol. 1, 1667 p.

- MARRET (J. L.), *La fabrication de la paix : nouveaux conflits, nouveaux acteurs, nouvelles méthodes*, Paris, Ellipses, 2001, 158 p.
- MASSON (A.), NIHOUL (P.), *Droit de l'Union Européenne*, 3^e éd., Bruxelles, Lancier, 2011, 554 p.
- MASTEL (G.), *American Trade Laws after the Uruguay Round*, Armonk (New-York), Sharpe, 1996, 209 p.
- MORIN (M.), *Introduction historique au droit romain, au droit français et au droit anglais*, Montréal, Thémis, 2004, 395 p.
- PAUWELYN (J.), *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 556 p.
- PECK (C.), *Sustainable Peace: The Role of the UN and Regional Organisations in Preventing Conflict*, Oxford, Rowman & Littlefield, 1998, 297 p.
- PIROTTE (G.), *La notion de société civile*, Paris, La Découverte, 2007, 122. P.
- PRINCEN (T.), *Intermediaries in International Conflict*, Princeton, Princeton University Press, 1992, 60 p.
- RIDGEWAY (G. L.), *Merchants of Peace: Twenty Years of Business Diplomacy through the International Chamber of Commerce 1919-1938*, New York, Columbia University Press, 1938, 419 p.
- ROSENNE (S.), *The Law and practice of the International Court, 1920-1996*, vol. III, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 1769.
- ROUSSEAU (C.), *Droit International Public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 1987, 495. P.
- SOREL (J. M.), *Droit des organisations internationales*, Lyon, L'Hermès, 1997, 160 p.
- STEINER (H. J.) et ALSTON (P.), *International Human Rights in Context*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2000, 1497 p.
- SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 925 p.
- SUSANI (N.), *Le règlement des différends dans le MERCOSUR : Un système du droit international pour une organisation d'intégration*, Paris, L'HARMATTAN, 321 P.
- TICCHI (J. M.), *Aux frontières de la paix : bons offices, médiations, arbitrages du Saint-Siège (1878-1922)*, Rome, École française de Rome, 2002, 483 p.

- TOOPE (S. J.), *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, Cambridge, Grotius, 1990, 404 p.
- VATTEL (E.), *Le droit des gens*, nouvelle éd., vol. I, Paris, Janet et Cotele, 1820, p. 501.
- VIRALLY (M.), *L'organisation mondiale*, Paris, Armand Collin, collection Universitaire, 1972, 589 p.
- VISSCHER (C.), *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, Pédone, 1970, 450. P.
- YARROW (C. H.), *Quaker Experiences in International Conciliation*, New Haven, Yale University Press, 1978, 308 p.
- ZIEGLER (J.), *Les nouveaux maitres du monde et ceux qui leur résistent*, Paris, éd., Fayard, 2002, 370 p.

Ouvrages spécialisés

- BEN ACHOUR (R.), LAGHMANI (S.), dir., *Acteurs non Etatiques et Droit International*, Paris, Editions A. PEDONE, 2007, 398 p.
- BORÉ (L.), *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDI, 1997, 507 p.
- BRAUWENS (W.), REYCHLER (L.), *The Art of Conflict Prevention*, Londres, Brassey's, 1994, 218 p.
- CAMERON (J.), CAMPBELL (K.), *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Londres, Cameron May Ltd, 1998, 227 p.
- CANAL-FORGUES (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, 195 p.
- CHINKIN (C.), *Third Parties in International Law*, Oxford, Claredon Press, 1993, 422 p.
- CÔTÉ (C.-E.), *La participation des personnes privées au règlement des différends Internationaux économiques: L'élargissement du droit de porter plainte À L'OMC*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 635 P.

- FLORY (Th.), *L'Organisation mondiale du Commerce, droit institutionnel et substantiel*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 248 p.
- FRANCK (T. M.), *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford University Press, 1990, 320 p.
- GHERARI (H.), SZUREK (S.), dir., *L'Émergence de la société civile internationale vers la privation du Droit International*, Paris, *Cahiers Internationaux*, n° 18, 2003, 350 p.
- JACKSON (J. H.), *The World Trade Organization : Constitution and Jurisprudence*, Londres, Royal Institute of International Affairs, 1998, 193 p.
- JACKSON (J. H.), *World Trade and the Law of GATT*, Californie, Lexis Law Pub, 1969, 988 p.
- JOUANNEAU (D.), *Le GATT et l'Organisation mondiale du Commerce*, Paris, Coll. « Que sais-je ? », n° 1858, Presses universitaires de France, 1996, 126 p.
- JOUANNEAU (D.), *L'Organisation mondiale du Commerce*, Paris, Coll. « Que sais-je ? », 2003, 127 p.
- LINDBLOM (A-K.), *Non-Governmental Organizations in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 559 p.
- PERLAS (N.), *La société civile : le 3e pouvoir. Changer la face de la mondialisation*, Barretsur- Méouge, Éditions Yves Michel, 2003, 331 p.
- PERLAS (N.), *La société civile : le 3e pouvoir. Changer la face de la mondialisation*, Barretsur- Méouge, Éditions Yves Michel, 2003, 331 p.
- PETERSMANN (E. U.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, London, Kluwer Law International, 1997, 704. P.
- RAINELLI (M.), *L'Organisation mondiale du commerce*, Paris, La Découverte, 2007, 117 p.
- RIPINSKY (S), VAN DEN BOSSCHE (P), *NGO Involvement in International Organizations*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, 362 p.
- RUBIN (J. Z.), *Dynamics of third Party Interventions: Kissinger in the Middle East*, New York, Praeger, 1981, 303 p.
- SCHULÉ (D.), *Le droit d'accès des particuliers aux juridictions internationales*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934, 109. p.

- WALLACH (L.), SFORZA (M.), *Whose Trade Organization? Corporate globalization and the Erosion of Democracy*, Public Citizen, Washington, 1999, 229. p.

Thèses

- ABDEL MONEIM (Y.), *Les contentieux commerciaux au sein de l'OMC et le mécanisme de règlement des différends*, sous dir., RAYNARD (J.), Univ. Montpellier I, 19 décembre 2008, 536 p.
- BAE (J.-S.), *Le règlement des différends dans le cadre de l'organisation mondiale du commerce*, sous dir., ECKLY (P.), Univ. Robert Schuman ; Strasbourg III, 1999, 418 p.
- BOLARD (V.), *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé : principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger*, sous dir., MAYER (P.), Paris I, 2006, 434 p.
- KIEFFER (B.), *L'organisation mondiale du commerce et l'évolution du Droit international public*, sous dir., PETIT (Y.), Univ. Robert Schuman ; Strasbourg III, 13 juillet 2006, 780 p.
- MENÉTREY (S.), *L'amicus curiae, Vers un principe de droit international procédural ?*, sous dir., KESSEDJIAN (C.), GUILLEMARD (S.), Univ. Panthéon-Assas, Paris et Univ. Laval Québec, 18 décembre 2008, 536 p.

Mémoires

- BRÉARD (E.), *Les Communautés européennes et les différends au sein de l'OMC*, sous la direction de SAINTOURENS (M.), Bordeaux IV, 1998, 168 p.
- EL-HOSSENY (F.), *L'accès de la société civile à la justice internationale économique*, sous la direction de DARANKOUM (E.-S.), Université de Montréal, décembre 2009, 175. p.

Articles et publications

- AL ALI (P.), « Judicial Lobbying at the WTO: The Debate over the use of amicus curiae briefs and the U.S. experience », *Fordham International Law Journal*, 2000, vol. 24, n° 1/2, pp. 62-94.
- ANTHONY (G.), « Fact, fiction and function: some questions about public interest intervention and public law in the United Kingdom », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 1997, vol. 48, pp. 307-314.
- APPLETON (A. E.), « Amicus Curiae Submissions in the Carbon Steel Case: Another Rabbit from the Appellate Body's Hat? », *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n° 4, 2000, pp. 691-699.
- ARRIAZA (N. R.), « Precaution, Participation, and the "Greening" of International Trade Law », *Journal of Environmental Law and Litigation*, vol. 7, n° 57, 1992, pp. 92-98.
- ARTHUR (A.), « Shrimp / turtle: Entangling the Nets », *Journal of International Economic Law*, vol. 2, 1999, pp. 477-496.
- ASCENSIO (H.), « L'amicus curiae devant les juridictions internationales », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 105, n° 4, 2001, pp. 897-929.
- BARKER (L.), « Third Parties in Litigation: A Systematic View of the Judicial Function », *Journal of Politics*, vol. 29, 1967, pp. 41-69.
- BARRETO CABRAL (I.), « Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 15, n° 2, 2002, pp. 1-23.
- BASTID (P.), « L'intervention devant les juridictions internationales », *Revue politique et parlementaire*, n° 420, 1929, pp. 100-114.
- BECKWITH (J.), SOBERHEIM (H.), « Amicus Curiae – Minister of Justice », *Forham Law Review*, 1948, vol. 17, pp. 38-62.
- BELHOUSE (J.), « The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration? », *Civil Justice Quarterly*, 2004, vol. 23, pp. 187-200.
- BERCOVITCH (J.), « Understanding Mediation's Role in Preventive Diplomacy », *Negotiation Journal*, vol. 12, n° 3, 1996, pp. 241-259.

- BERCOVITCH (J.), HOUSTON (A.), « Influence of Mediator Characteristics and Behavior on the Success of Mediation in International Relations », *International Journal of Conflict Management*, n° 4, Octobre 1996, pp. 297-321.
- BERNHEIM (L.), « La pratique uniforme de l'arbitrage commercial international, mythe ou réalité ? », *Revue de l'Arbitrage*, n° 2, avril 2004, pp. 492-495.
- BRONCKERS (M.), MCNELIS (N.), « The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age », *Journal of World Trade*, vol. 35, n° 4, 2001, pp. 427-482.
- BROWNLIE (I.), « The individual Before Tribunals Exercising International Jurisdiction », *International and Comparative Law Quarterly*, 1962, p. 719.
- BRUNEL (S.), « Qu'est-ce que la mondialisation ? », *Revue Sciences Humaines*, n° 180, Spécial mars 2007.
- BRUNNEE (J.), TOOPE (S. J.), « A Hesitating Embrace: The Application of International Law by Canadian Courts », *Agence canadienne de développement international*, 2002, vol. 40, n° 3, pp. 30-52.
- BRUNT (P.), « Amicitia in the Late Roman Republic », *The Fall of the Roman Republic and related Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 351-380.
- BUERGENTHAL (T.), « The Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights », *American Journal of International Law*, vol. 79, 1985, p. 15.
- BURKE-WHITE (W.), « International Legal Pluralism », *Journal of International Law*, vol. 25, 2005, pp. 963-979.
- BUSSY (F.), « La notion de partie à l'instance en procédure civile », *Dalloz*, 2003, pp. 1376-1379.
- CALDEIRA (G.), « Amici Curiae Before the Supreme Court: Who Participates, When, and How much? », *Journal of Politics*, vol. 52, 1990, pp.782-806.
- CANAL-FORGUES (E.), « La procédure d'examen en appel de l'organisation mondiale du commerce », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 42, 1996, pp. 845-863.
- CANAL-FORGUES (E.), « Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, n° 1, janvier 2001, pp. 5-24.
- CANIVET (G.), « L'amicus Curiae en France et aux États-Unis », *Revue de jurisprudence commerciale*, mars-avril 2005, n° 2, pp. 99-113.

- CANIVET (G.), « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, pp. 33-46.
- CARMODY (C.), « Customs Tariff S. 59(2): a `Canadian 301`? », *Journal of International Economic Law*, vol. 1, 1998, pp. 690-694.
- CARNEVALE (P.), « Strategic Choice in Mediation », *Negotiation Journal*, vol. 2, n° 1, 1986, pp. 41-56.
- CHARNEY (I.), *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, *Recueil des Cours*, vol. 271, 1998, pp. 101-382.
- CHARNOVITZ (S.), « Opening the WTO to Non-Governmental Interests », *Fordham International Law Journal*, vol. 24, n° 1/ 2, 2000, pp. 173-216.
- CHARNOVITZ (S.), « Participation of Non-governmental Organizations in the World Trade Organization », *University of Pennsylvania, Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, pp. 351-357.
- CHARNOVITZ (S.), WICKHAM (J.), « Non-Governmental Organizations and the Original International Trade Regime », *Journal of World Trade*, vol. 29, n° 5, 1995, pp. 111-122.
- CHIKIN (C. H.), « Third Party Intervention before the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, vol. 80, 1986, pp. 495-525.
- CHRISTOPH (M.), « La confidentialité en arbitrage commercial international : un trompe-l'œil ? », *ASA Bulletin*, vol. 23, n° 1, 2005, pp. 216-240.
- COHEN (S.), « Les États face aux 'nouveaux acteurs' », *Politique internationale*, n° 107, 2005, pp. 109-127.
- COHEN (S.), « Un monde sans souveraineté : la fin d'un mythe », *Le Monde*, 7 février 2004, pp. 1-15.
- COLLINS Jr (P. M.), « Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in US Supreme Court Litigation », *Law and Society Review*, vol. 38, n° 4, 2004, pp. 807-838.
- CORBALLY (S.), BROSS (D.) et FLANGO (V.), « Amicus Curiae Briefs: The Court's Perspective », *Justice System Journal*, 2006, vol. 27, pp. 180-190.
- CÔTÉ (C. E.), « Obstacles et ouvertures processuelles pour les acteurs privés défendant des intérêts non commerciaux dans l'interprétation des accords de l'OMC », *Cahiers de Droit*, vol. 50, n° 1, 2009, pp. 207-247.

- COTTIER (T.), SCHEFER (K. N.), « The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law », *Journal of International Economic Law*, 1998, vol. 83, pp. 83-128.
- COVEY (F. M.), « Amicus Curiae: Friend of the Court », *De Paul Law Review*, 1959, vol. 9, pp. 30-37.
- DE MESTRAL (A.), « Comparative analysis », *Recueil des Cours*, n° 275, 1998, pp. 223-416.
- DI GIANNI (F.), ANTONINI (R.), « DSB Decisions and Direct Effect of WTO Law: Should the EC courts be More Flexible when the Flexibility of the WTO System has Come to an End », *Journal of World Trade*, 2006, vol. 40, n° 4, pp. 777-793.
- DOUSSIS (E.), « Intérêt juridique et intervention devant la Cour internationale de justice », *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, n° 1, pp. 55-91.
- DUPUY (P. M.), « Sécurité collective et organisation de la paix », *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 97, n° 33, 1993, pp. 617-627.
- EHLERMANN, (C. D.), « Experiences from the WTO Appellate Body », *Texas Journal of International Law*, vol. 38, 2003, pp. 469-488.
- ESTY, (D. C.), « Linkages and Governance: NGOs at the World Trade Organization », *Journal of International Economic Law*, vol. 19, n° 3, 1998, pp. 709-730.
- ESTY, (D. C.), « Non-governmental Organizations at the World Trade Organization: Cooperation, Competition, or Exclusion », *Journal of International Economic Law*, vol. 1, n° 1, 1998, pp. 123-148.
- ESTY, (D. C.), « The World Trade Organization's Legitimacy Crisis », *World Trade Review*, vol. 1, n° 1, 2002, pp. 7-22.
- ESTY, (D. C.), « Why the World Trade Organization Needs Environmental NGOs », *Yale Center for Environmental Law and Policy*, vol. 1, n° 3, 1997, pp. 1-24.
- FULLER (L. L.), « The Forms and Limits of Adjudication », *Harvard Law Review*, vol. 92, n° 2, 1978, pp. 353-409.
- GADBIN (D.), « Les principes de bonne gouvernance européenne », *Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse*, vol. 16, 2004, pp. 589-614.
- GALANTER (M.), « Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change », *Law and Society*, vol. 95, 1974, pp. 95-160.

- GARCIA AMADOR (F. V.), « La responsabilité de l'État », (Doc. NU A/CN.4/96), *Annuaire de la Commission du Droit International*, vol. 2, New York, 1956, pp. 176-230.
- GRANGER (M. P.), « When Governments go to Luxembourg...: The influence of Governments on the Court of Justice », *European Law Review*, vol. 29, 2004, pp. 3-31.
- GRAVEL (S.), « Arbitrage multipartite et pluralité d'arbitrages », *Bulletin de la cour internationale de l'arbitrage de la CCI*, n° 2, 1996, 45 p.
- GRIEG (D. W.), « Third Party Rights and Intervention before the International Court of justice », *Virginia Journal of International Law*, 1992, vol. 32, pp. 285- 356.
- GROSS (L.), « Participation of Individuals in Advisory Proceedings Before the International Court of Justice: Question o Equality Between the Parties », *American Journal of International Law*, vol. 52, 1958, pp. 16-40.
- HARLOW (C.), « A Community of Interests? Making the Most of European Law », *Modern Law Review*, 1992, vol. 55, pp. 331-350.
- HARLOW (C.), « Towards a Theory of Access for the European Court of Justice », *Yearbook of European Law*, vol. 12, 1992, pp. 213-248.
- HERMANN-RODEVILLE (J.), « Un exemple de contentieux économique : le recours en indemnité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 1, 1986, pp. 5-55.
- HOUGET (J. W.), « La participation des ONG au mécanisme de règlement des différends de l'OMC: une perspective environnementale », *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 18, n° 2, 2005, pp. 127-170.
- HOUSE (R.), « Membership and its Privileges: the WTO, Civil Society, and the Amicus Brief Controversy », *European Law Journal*, vol. 9, 2003, pp. 496-510.
- HOUSMAN (R. F.), « Democratizing International Trade Decision-Making », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, 1994, pp. 699-743.
- HOUSMAN (R. F.), « Democratizing International Trade Decision-Making », *Cornell International Law Journal*, vol. 27, 1994, pp. 699-744.
- HOWARD (J.), « Retaliation, Reinstatement and Friends of the Court », *Howard Law Review*, vol. 20, 1998, pp. 159-171.

- HUDEC (R. E.), « "Transcending the Ostensible": Some Reflections on the Nature of Litigation Between Governments », *Minnesota Law Review*, vol. 72, 1987, pp. 211-226.
- HURD (I.), « Legitimacy and Authority in International Politics», *International Organization*, vol. 53, 1999, pp. 379-408.
- JACKSON (J. H.), « Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis », *American Journal of International Law*, vol. 86, n° 2, 1992, pp. 310-340.
- JACKSON (J. H.), « Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems », Oxford University Press, *Journal of International Economic Law*, vol. , n° 3,1998, pp. 329-351.
- JACKSON (J. H.), « International Law Status of WTO Dispute Settlement Report Obligation to Comply or Option to 'Buy Out'? », *American Journal of International Law*, Commentaire editorial, vol. 98, 2004, pp. 109-125.
- JACKSON (J. H.), « The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System », *Journal of World Trade*, n° 1, 1978, pp. 93-106.
- JACKSON (J. H.), « The WTO Dispute Settlement Understanding-Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation », *American Journal of International Law*, vol. 91, n° 1, 1997, pp. 60-64.
- JACKSON (J. H.), « The General Agreement on Tariffs and Trade in United State Domestic Law », *Michigan Law Review*, n° 66, 1967, pp. 249-274.
- JIMISON (G.), « Amicus Filings and International Law: Toward a Global View of the United States Constitution », *Catholic University Law Review*, vol. 55, 2005-2006, pp. 267-304.
- KELLER (J.), « The Future of Amicus Participation at the WTO: Implications of the Sardines Decision and Suggestions for Further Developments », *International Journal of Legal Information*, 2005, vol. 33, n° 3, pp. 449-470.
- KEOHANE (R. O.), MORAVCSIK (A.), SLAUGHTER (A. M.), « Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational », *International Organization*, vol. 54, n° 3, 2000, pp. 457-488.
- KESSEDJIAN (C.), « De quelques pistes pour l'encadrement procédural de l'intervention des amici curiae », *European Journal of Law Reform*, vol. 8, n° 1,2006, pp. 93-112.

- KESSIE (E.), « Enhancing Security and Predictability for Private Business Operators under the Dispute Settlement System of the WTO », *Journal of World Trade*, 2000, vol. 34, n° 6, pp. 1-17.
- KLEBES-PLESSIER (A), « L'Organisation mondiale du commerce Confrontée à la législation commerciale américaine », *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, vol. 38, n° 2, 2002, pp. 183-207.
- KLEIN (P.), « La protection diplomatique des doubles nationaux : reconsidération des fondements de la règle de non responsabilité », *Revue belge de droit international*, vol. 21, 1988, pp. 184-216.
- KOBYLKA (J. f.), « A Court-Created Context for Group Litigation: Libertarian Groups and Obscenity », *Journal of Politics*, vol. 49, 1987, pp. 1061-1078.
- KOH (H. H.), « Transnational Legal Process », *Nebraska Law Review*, vol. 75, 1996, pp. 181-206.
- KRISLOV (S.), « The Amicus Curiae Brief: From Friendship to advocacy », *Yale Law Journal*, vol. 72, 1963, pp. 694-721.
- LAGET-ANNAMAYER (A.), « Le statut des accords de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire : en attendant la consécration de l'invocabilité », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 42, n° 2, pp. 249-288.
- LAIDHOLD (M.), « Private Party Access to the WTO: Do Recent Developments in International Trade Dispute Resolution Really Give Private Organizations a Voice in the WTO? », *Transnational Law*, vol. 12, 1999, pp. 427- 443.
- LAURIN (Y.), « La consultation par la Cour de cassation de "personnes qualifiées" et la notion d'amicus curiae », *Semaine Juridique*, éd. Générale, n° 38, 2001, pp. 1709-1710.
- LAURIN (Y.), « L'avocat et l'observateur judiciaire en droit interne », *Gazette du Palais*, doct., 1985, pp. 628-629.
- LEMAIRE (A.), « Le nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger : le chapitre 11 de l'ALENA », *Revue de l'arbitrage*, vol. 43, 2001, pp. 43-93.
- LESNIAK (I.), « envoyée spéciale à Genève », *L'Expansion*, n° 665, juillet-août 2002, p. 151.

- LEVEL (P.), « La jonction de procédures, intervention de tiers et demandes additionnelles et reconventionnelles », *Bulletin de la cour internationale de l'arbitrage de la CCI*, vol. 7, n° 2, 1996, pp. 36-44.
- LÉVY (A.), « Amicus curiae -An offer of Assistance to the Court », *Chitty's Law Journal*, vol. 20, 1972, pp. 94-140.
- LLEWELLYN (K.), « Some Realism about Realism », *Harvard Law Review*, 1931, vol. 44, pp. 1222-1267.
- LOWMAN (M.), « The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave? », *American University Law Review*, vol. 41, 199, pp. 1243-1299.
- MARCEAU (G.), « WTO Dispute Settlement and Human Rights », *European Journal of International Law*, vol. 13, n° 4, 2002, pp. 753-814.
- MARCEAU (G.), PEDERSEN (P.), « Is the WTO Open and Transparent? A Discussion of the Relationship of the WTO with Non-governmental Organisations and Civil Society's Claims for more Transparency and Public Participation », *Journal of World Trade*, vol. 33, n° 1, 1999, pp. 5-49.
- MARCEAU (G.), STILWELL (M.), « Practical suggestions for Amicus Curiae Briefs before WTO Adjudicating Bodies », *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n° 1, 2001, pp. 155-187.
- MATHIEU (B.), « Les rôles du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général », *La création du droit par le juge, Archives de philosophie du droit*, vol. 50, 2006, pp. 41-48.
- MATON (J.), MATON (C.), « Independence under fire: extra-legal pressures and coalition building in WTO dispute settlement », *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n° 2, 2008, pp. 317-334.
- MAVROIDIS (P. C.) et (al.), « Is the WTO Dispute Settlement Mechanism Responsive to the Needs of the Traders? Would a System of Direct Action by Private Parties Yield Better Results? », *Journal of World Trade*, vol. 32, n° 2, 1998, pp. 147-165.
- MCRAE (D. M.), « The Contribution of International Trade Law to the Development of International Law », *Recueil des Cours*, vol. 260, 1996, pp. 99-238.
- MCRAE (D.), « What Is The Future of WTO Dispute Settlement », *Journal of International Economic Law*, vol. 7, n° 1, 2004, pp. 3-21.

- MILLER (M.), « The TRIPS Agreement and Direct Effect in European Community Law: You Can Look... But Can You Touch? », *Notre Dame Law Review*. vol. 74, n° 59, 1999, pp. 597-623.
- MOURRÉ (A.), « L'intervention des tiers à l'arbitrage », *Gazette du Palais*, n° 119, 29 avril 2001, pp. 21-31.
- MOURRÉ (A.), « Projet de lignes directrices sur la Commission européenne intervenant en tant qu'amicus curiae dans les procédures d'arbitrage international : Opinion dissidente sur un projet inutile et dangereux (à propos de l'intervention de la Commission comme Amicus curiae dans les procédures arbitrales) », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2007, vol. 12, pp. 158-164.
- MUIR-WATT (H.), « Aspects économiques du droit international privé. Réflexion sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 307, 2004, pp. 25-384.
- NAIDOO (K.), « Civil Society, Governance and Globalisation: The World Bank and Civil Society », *Transnational Associations*, vol. 55, n° 3, 2003, pp. 173-182.
- NAOMI (R. A.), « Precaution, Participation, and the "Greening" of International Trade Law », *Journal of Environmental Law and Litigation*, vol. 7, n° 57, 1992, pp. 92-98.
- NICHOLS (P. M.), « Extension of Standing in World Trade Organization Disputes to Nongovernment Parties », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, pp. 295-329.
- NICHOLS (P. M.), « Participation of Nongovernmental Parties in the World Trade Organization », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, n° 1, 1996, pp. 295-329.
- NICHOLS (P. M.), « Realism, Liberalism, Values, and the World Trade Organization », University of Pennsylvania, *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, pp. 860-880.
- NICHOLS (P. M.), « Two Snowflakes Are Alike: Assumptions Made in the Debate Over Standing Before World Trade Organization Dispute Settlement Boards », *Fordham International Law Journal*, vol. 24, n° 427, 2000, pp. 427-443.

- NISSER (C.), BLANKE (G.), « Reflections on the role of the European Commission as Amicus Curiae in International Arbitration proceedings », *European Competition Law Review*, vol. 27, n° 4, 2006, pp. 174-183.
- O'BRIEN (R. J.), SCHOLTE (J. A.), WILLIAMS (M. A.), « WTO and Civil Society », *Journal of World Trade*, vol. 33, n° 1, 1999, pp. 107-124.
- OESCH (M.), « Standards of Review in WTO Dispute Resolution », *Journal of International Economic Law*, vol. 6, n° 3, 2003, pp. 635-650.
- PACE (V.), « Cinq ans après sa mise en place : la nécessaire réforme du mécanisme de règlement des différends de l'OMC », *Revue générale de droit international public*, n° 3, 2000, pp. 615-658.
- PAULSON (J.), « Arbitration Without privity », *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, vol. 2, 1995, pp. 232-257.
- PAUWELYN (J.), « The Use of Experts in WTO Dispute Settlement », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pp. 325-364.
- PINTO (M.), « De la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme », *Revue générale de droit international public*, vol. 106, n° 3, 2002, pp. 531-541.
- PRUJINER (A.), « L'arbitrage unilatéral : un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel ? », *Revue de l'Arbitrage*, n° 1, 2005, pp. 63-99.
- RANJEVA (R.), « Les organisations non-gouvernementales et la mise en œuvre du droit international », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 270, 1997, pp. 9-105.
- REGAN (D. H.), « Do World Trade Organization Dispute Settlement Reports Affect the Obligations of Non-Parties? Response to McNelis », *Journal of World Trade*, vol. 37, n° 5, 2003, pp. 883-896.
- Robbins (J.), « False friends: Amicus Curiae and Procedural Discretion in WTO Appeals under the Hot-Rolled Lead/Asbestos Doctrine », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, n° 1, 2003, pp. 317-329.
- ROBERTSON (D.), « Civil Society and the WTO », *The World Economy*, vol. 23, n° 9, 2000, pp. 1119-1134.
- ROGER (S. C.), « The International League for Human Rights and South Africa 1947-1957: The Human Rights Non-Governmental Organisation as Catalyst in the

- International Legal Process », *Human Rights Quarterly*, vol. 3, n° 4, 1981, pp. 116-124.
- ROSA (P. B.), « Non-Governmental Organizations and the World Trade Organization: The Good Side and the Bad Side », *Nouveau Monde*, vol. 14, 2004, pp. 60-77.
 - RUBINS (N.), « les innovations arbitrales dans les récents Accords américains de libre-échange : deux pas en avant, un pas en arrière », *Revue de Droit des affaires internationales*, n° 8, 2003, pp. 865-885.
 - RUIZ FABRI (H.), « le contentieux d'exécution dans le règlement des différends de l'organisation mondial du commerce », *Journal du droit international*, n° 3, 2000, pp. 605-645.
 - RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, LITEC, 2000, pp. 305-334.
 - RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends dans le cadre de l'OMC », *Journal du droit international*, n° 3, 1997, pp. 709-755.
 - RUIZ FABRI (H.), « L'appel dans le règlement des différends de l'O.M.C.: trois ans après, quinze rapports plus tard », *Revue Générale de Droit International Public*, n° 1, 1999, pp. 47-128.
 - RYNGAERT (C.), « The European Commission's Amicus Curiae Brief in the Alvarez-Machain Case », *Forum du droit international*, vol. 6, 2004, pp. 55-60.
 - SALAMA (S.), « L'arbitrage dans Le nouveau système de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce », *International Business Law Journal*, n° 5, 2003, pp. 539-546.
 - SANDSTROM SIMARD (L.), « An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism », *Revue of Litigation*, vol. 27, 2008, pp. 669-720.
 - SCHLEYER (G. T.), « Power to the people: allowing private parties to raise claims before the WTO dispute resolution system », *Fordham Law Review*, vol. 65, n° 5, 1997, pp. 2275-2311.
 - SCHWEITZER (D.), « Fundamentals of Preparing a US Supreme Court Amicus Brief », *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 5, n° 2, 2003, pp. 523-542.

- SHELL (R.), « The Trade Stakeholders Model and Participation by Nonstate Parties in the World Trade », *Journal of International Economic Law*, vol. 17, 1996, pp. 359-381.
- SHELTON (D.), « the Participation of Nongovernmental Organizations in International Proceedings », *American Journal of International Law*, vol. 11, 1994, pp. 616-619.
- SHERMAN (R.), ELIASSON (J.), « Trade Disputes and Non-State Actors: New Institutional Arrangements and the Privatization of Commercial Diplomacy », *The World Economy*, vol. 29, n° 4, April 2006, pp. 473-489.
- SMYRNIADES (B.), « L'intervention devant la Cour internationale de justice », *Revue Egyptienne de Droit International*, 1956, vol. 91, pp. 28-40.
- SONGER (D.), « Interest Group Success in Courts: Amicus Participation in the Supreme Court », *Political Research Quarterly*, vol. 46, 1993, pp. 339-354.
- SOPINKA (J.), « Intervention », *The Advocate*, vol. 46, 1988, pp. 883-887.
- SRIVASTAVA (J.), « Non-Governmental Organizations as Negotiators at the World Trade Organization: A Perspective from the South », *International Studies*, vol. 39, août 2002, pp. 245-257.
- STEIN (E.), « Lawyers, judges and the making of a transnational constitution », *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, pp. 1-27.
- STERN (B.), « Et si on utilisait le concept du préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États », *Annuaire française de droit international*, vol. 47, 2001, p. 3-34.
- STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *Revue Générale de Droit International Public*, 2003, n° 2, pp. 257-301.
- STERN (B.), « La protection diplomatiques des investissements internationaux : de Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », *Journal du droit international*, n° 117, 1990, pp. 897-948.
- STERN (B.), « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur », *Revue de l'Arbitrage*, n° 2, 2002, pp. 329-345.
- STERN (B.), « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre État et investisseur », *Revue de l'Arbitrage*, 2007, n° 1, pp. 3-43.

- TAKANA (M.), « Bridging the Gap Between Northern NGOs and Southern Sovereigns in the Trade Environment Debate: The Pursuit of Democratic Dispute Settlements in the WTO Under the Rio Principles », *Ecology Law Quarterly*, vol. 30, n° 1, 2003, pp.113-188.
- TARDY (T.), « L'intervention dans les années quatre-vingt-dix : réflexion autour d'un concept évolutif », *Annuaire français de relations internationales*, vol. II, 2001, pp. 771-786.
- TELLEGEN-COUPERUS (O.), « The so-called Consilium of the Praetor and the Development of Roman Law », *Revue d'histoire du droit*, 2001, vol. 69, pp. 11-33.
- THOMAS (J. C.), « Investor-State Arbitration under NAFTA Chapter 11 », *Agence canadienne de développement international*, vol. 37, n° 99, 1999, pp. 120-136.
- TOMUSCHAT (C.), « International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century- General Course on Public International Law », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 281, 1999, pp. 19-437.
- TURP (D.), « L'Accord de libre échange nord-américain et sa procédure générale de règlement des différends », *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992, pp. 808-822.
- ULLRICH (H.), « La Mondialisation du Droit Économique : Vers Un Nouvel Ordre Public Économique », *Revue International de Droit Économique*, 2003, vol. 4, pp. 291-311.
- UMBRICHIT (G. C.), « An 'Amicus Curiae Brief' on Amicus Curiae Briefs at the WTO », *Journal of International Economic Law*, vol. 4, n° 4, 2000. pp. 773-794.
- VAN DUZER (J. A.), « Investor-State Dispute Settlement under NAFTA Chapter 11 : The Shape of Things to Come ? », *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 35, 1998, pp. 263-290.
- VAN EECKHAUTE (J. C.), « Private Complaints Against Foreign Unfair Trade Practices. The EC's Trade Barriers Regulation », *Journal of World Trade*, vol. 33, n° 6, 1999, pp.199-213.
- VAZQUEZ (C. M.), « The Four Doctrine of Self-Executing Treaties », *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, pp. 695-723.
- WAELKENS (L.), « L'origine de l'enquête par turbe », *Revue d'histoire du droit*, 1985, vol. 53, pp. 337-351.

- WALKER (V. H.), « Dispute Settlement: The Chicken War », *American Journal of International Law*, n° 58, 1994, pp. 671-684.
- WALL (J. A.), « Mediation: An Analysis, Review and Proposed Research », *Journal of Conflict Resolution*, vol. 25, n° 1, 1981, pp. 157-180.
- WALSH (T. W.), « Dispute Settlement at the World Trade Organization Do Municipal Laws Promoting Private Party Identification of Trade Disputes Affect State Participation? », *Journal of World Trade*, vol. 40, n° 5, 2006, pp. 889-908.
- WETHINGTON (O. L.), « Commentary on Consultation Mechanism under the WTO Dispute Settlement Understanding during its First Five Years », *Law and Policy in International Business*, vol. 31, 2000, pp. 583-590.
- WLÄD (T. W.), « Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty: From Dispute Settlement to Treaty Implementation », *American Review of International Arbitration*, vol. 12, 1996, pp. 430-464.
- YENKONG (N. H.), « Third Party Rights and the Concept of Legal Interest in World Trade Organization Dispute Settlement: Extending Participatory Rights to Enforcement Rights », *Journal of World Trade*, 2004, vol. 38, n° 5, pp.757-772.
- ZAMBELLI (M.), « L'amicus curiae dans le règlement des différends de l'OMC: état des lieux et perspectives », *Revue Internationale de Droit Économique*, n° 2, 2005, pp.197-218.
- ZAMPETTI (A.B.), « Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium », *Harvard University and Brookings Institution Press*, 2001, pp. 227-333.
- ZONNENKEYN (G. A.), « The appellate Body's Communication on Amicus Curiae Briefs in the Asbestos Case », *Journal of World Trade*, vol. 35, n° 3, 2001, pp. 553-563.

Contributions à des ouvrages collectifs

- BARDONNET (D.), « Quelques observations sur le recours au règlement juridictionnel », *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honor of K. Skubiszewski*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, pp. 737-752.
- BERHERENS (P.), « Alternative Methods of Dispute Settlement in International Economic Relation » in PETERSMANN (E.U.), JAENICKE (G.), éd., *Adjudication of International Trade Dispute in International and National Economic Law*, Fribourg, University Press, 1992, pp. 1-47.
- BOLLING (L.), « Quaker Work in the Middle East Following the June 1976 War », in BERMAN (M. R.), JOHNSON (J. E.), éd., *Unofficial Diplomats*, New York, Columbia University Press, 1977.
- CHINKIN (C.), MCKENZIE (R.), « Intergovernmental Organizations as Friends of the Court », in BOISSON de CHAZOURES (L.), dir., *International Organizations and International Dispute Settlement : Trends and Prospects*, United States, Transnational, 2002, pp. 135-162.
- CHRISTOFOROU (Th.), « L'expertise scientifique au service du commerce international : analyses, perspectives », in MALJEAN-DUBOIS (S.), *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 461-485.
- curiae dans le contentieux privé international », in MANSEL (H-P.), dir., *Festschrift für Erik Jayme*, München, Sellier, 2004, pp. 403-408.
- CÔTE (C.-E.), « L'accès des particuliers au système de règlement des différends de l'OMC », in BLIN (O.), dir., *Regards Croisés Sur le Règlement des Différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)*, Toulouse, Univ. des Sciences Sociales, 2006, pp. 33-67.
- de SCHUTTER (O.), « Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union européenne », in RUIZ FABRI (H.) et SOREL (J. M.), dir., *le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, pp. 85-104.

- DECAUX (E.), « L'intervention », in Colloque annuel de la Société française pour le droit international, *La juridiction internationale permanente*, Paris, Pedone, pp. 218-255.
- DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », in *La création du droit par le juge*, Paris, Archives de philosophie du droit, 2007, pp. 41-76.
- ENCARNACION (T.), McCARTNEY (C.), ROSAS (C. & C.), « The Impact of Concerned Parties on the Resolution of Disputes », in LINDGREN (G.), WALLENSTEEN (G.), NORDQUIST (K.), éd., *Issues in Third World Conflict Resolution*, Uppsala University, Department of peace and conflict research, 1990, pp. 42-96.
- FRENCH (H.), « The Role of Non-State Actors », in WERKSMAN (J.), éd., *Greening International Institutions*, London, Earthscan, 1996, pp. 251-258.
- GIRAUD (P. N.), « Mondialisation, emploi et inégalité », in BOYER (R.) et (AL.), *La mondialisation au-delà des mythes*, Paris, La Découverte, 1997, pp. 101-115.
- HUDEC (R. E.), « Thinking about the New Section 301: Beyond the Good and Evil » dans BHAGWASTI (I), PATRICK (H. T.), *Fair Trade and Harmonization – Prerequisites for Free Trade ?*, Harvard, The MIT Press, vol. 2, 1996, pp. 113-159.
- HUMBERT (M.), « L'assistance dans la résolution des conflits à Rome », in *L'assistance dans la résolution des conflits*, Bruxelles, De Boeck Université, 1996, pp. 47-60.
- JACKSON (J. H.), « Private Citizen and GATT Obligations », in JACKSON (J. H.), éd., *World Trade and the Law of the GATT Indianapolis*, Bobbs-Merrill Company, 1969.
- KEOHANE (R.), S. NYE (J.), « The Club Model of Multilateral Cooperation and Problems of Democratic Legitimacy », in PORTER (R.), SAUVE (P.), SUBRAMANIAN (A.), ZAMPETTI (A.), éd., *Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium*, Washington D.C, Brookings Institution, 2001, pp. 264-294.
- KESSEDJIAN (C.), « La nécessité de généraliser l'institution de l'amicus dans le contentieux privé international », in MANSEL (H-P.), dir., *Festschrift für Erik Jayme*, Band 1, München, Sellier, 2004, pp. 403-408.

- KOMONINOS (A.), « Assistance to Arbitral Tribunal in the application of EC Competition law », in EHLERMANN (C. D.), ATANASIU (I.), dir., *European Competition Law Annual 2001 : Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2003, pp. 363-385.
- KOSHAN (J.), « Dialogue or Conversation? The Impact of Public Interest Interveners on Judicial Decision Making », in Institut canadien d'administration de la justice, *Justice et participation dans un monde global : la nouvelle règle de droit*, Montréal, Thémis, 2004, pp. 235-274.
- L'HEUREUX-DUBE (C.), « Le défi de la magistrature : s'adapter à son nouveau rôle », dans MOSSMAN (M. J.), OTIS (G.), dir., *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Thémis, 1999, pp. 456-468.
- LA PRADELLE (G.), « La société civile internationale et l'accès au contentieux international », in GHERARI (H.), et SZUREK (S.), dir., *L'émergence de la Société civile internationale : vers la privatisation du droit international ?*, Actes du colloque du CEDIN des 2 et 3 mars 2001, Paris, Pedone, pp. 125-139.
- LAGRANGE (E.), « Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », in RUIZ-FABRI (H.), et SOREL (J-M.), dir., *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, pp. 9-72.
- LOIACONO-CLOUET (L.), « Opportunité et limites de l'engagement des ONG dans la prévention des crises et des conflits » in BUSSIÈRE (R.) dir., *L'Europe et la Prévention des Crises et des Conflits*, Paris, L'Harmattan, 2000.
- MAYMAT (J-C.), « L'effet injuste d'un jugement juste », in FRISON-ROCHZ (M-A.), dir., *De l'injustice au juste*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 89-100.
- MAZEAUD (D.), « L'expertise de droit à travers l'amicus curiae » in FRISON-ROCHE (M-A.), MAZEAUD (D.), dir., *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 109-121.
- MUIR-WATT (H.), « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systes de « Common Law », in MOLFESSIS (N.) (Groupe de travail dirigé par), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, LexisNexis, 2005, pp. 53-71.
- PETERSMANN (E. U.), « How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Review System », in CAMERON (J.), CAMPBELL (K.), dir., *Dispute Resolution in the World Trade Organization*, Londres, Cameron, 1998, pp. 75-97.

- RANGEON (F.), « Société civile : histoire d'un mot », in *La société civile*, Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique, Paris, Presses Universitaires de France, 1986, pp. 9-32.
- ROBERT O (K.), « institutional theory and the realist challenge after the cold war », in BALDWIN (D.), éd., *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate*, Columbia University Press, 1993, pp. 269-300.
- ROSENNE (S.), « Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice », in SANDERS (p.), éd., *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haye, Nijhoff, 1967, pp. 240-251.
- RUTTLEY (P.), « The Effect of WTO Agreements in EC Law », in RUTTLEY (P.), MACVAY (I.) et GEORGE (C.), dir., *The WTO and International Trade Regulation*, Londres, Cameron, 1998, pp. 130-162.
- SANDS (P.), « Le droit international, le praticien et les acteurs non étatiques », in *L'émergence de la Société civile internationale_Vers la privatisation du droit international*, Paris, colloque du CEDIN Paris X, Pedone, 2003, pp.85-103.
- SCHERMERS (H. G.), « *The International Court of Justice in Relation to Other Courts* », in MULLER (A. S.) et al., dir., *The international Court of Justice*, La Haye, Kluwer Law International, 1997, pp. 260-278.
- SCHWEBEL (S. M.), « The Prolifération of International Tribunals: Threat or Promise? » in ANDENAS (M.), dir., *Judicial Review in International Perspective*, La Haye, Kluwer Law International, 2000, pp. 3-25.
- SLIM (R.), « Small-State Mediation in International Relations: The Algerian Mediation of the Iranian Hostage Crisis », in BERCOVITCH (J.), RUBIN (J. Z.), éd., *Mediation in International Relations*, London, Houndmills, 1992, pp .206-231.
- STEGER (D. P.), « The Struggle for Legitimacy in the WTO», in STEGER (S.), éd., *Peace Through Trade: Building the WTO*, London, Cameron, mai 2004, pp. 287-311.
- STERN (B.), « Les dilemmes de la responsabilité internationale aujourd'hui », Les colloques du Sénat, *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Paris, 2003, pp. 261-284.
- STERN (B.), « The Intervention of Private Entities and States as 'Friends of the Court' in WTO Dispute Settlement Proceedings », in MACRORY (P.), APPLETON (A.) and PLUMMER (M.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, New York, Springer, 2005, vol. I, pp. 1427-1458.

- STERN (B.), « Etats et souveraineté : la souveraineté de l'Etat face à la mondialisation », in Michaud (Y.), dir., Université de tous les savoirs. *Qu'est-ce que la société ?*, vol. 3, Paris, éd. Odile Jacob, 2000, pp. 828-839.
- STERN (B.), « How to Regulate Globalization? » in BYERS (M.), éd., *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 247-255.
- TANQUEREL (T.), « Le juge comme arbitre de l'intérêt public », in *Pour un droit pluriel*, Études offerts au Professeur J-F Perrin, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2002, pp. 221-233.
- TOUVAL (S.), « The Superpowers as a Mediator », in BERCOVITCH (J.), RUBIN (J. Z.), *Mediation in International Relations*, New York, St Martin's Press, 1992, pp. 232-248.
- TOUVAL (S.), ZARTMAN (I. W.), « Mediation in theory », in *International Mediation in Theory and Practice*, Boulder, West view, pp. 21-66, 1985.
- VALENCIA-OSPINA (E.), « Non-Gouvernemental Organizations and the International Court of Justice », in TREVES (T.), dir., *Civil Society International Courts and Compliance Bodies*, La Haye, TMC Asser Press, 2005, pp. 227-232.
- VAN COMPERNOLLE (J.), « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux Itinéraires en Droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles Bruylant, 2006, pp. 495-506.
- VIRALLY (M.), « Définition et classification des organisations internationales : approche juridique », Abi-Saab (G.), dir., *Le concept d'organisation internationale*, Paris, UNESCO, 1980, pp. 51-67.
- VIRALLY (M.), « Les actes unilatéraux des organisations internationales », in BEDJAOUI (M.), dir., *Le droit international : Bilan et perspectives*, Paris, Pedone, 1991, pp. 347-365.

Conventions internationales

- Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, 1867 R.T.N.U.3, 33 I.L.M. 844, préambule, al.1, 15 avril 1994.
- Accord pour la création d'un visa Mercosur, Déc. CMC n° 18/ 05, 16 décembre 2003.
- Accord sur une exemption de visa entre États membres du Meivosurdes 14-15 déc. 2000.
- Convention de vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, Vienne.

Rapports et décisions de l'OMC

- Décision, WT/L/162, « *Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales* », le Conseil général de l'OMC, 18 juillet 1996.
- Rapport du Conseil consultatif, « *L'avenir de l'OMC : relevé les défis institutionnels du nouveau millénaire* », Genève, OMC, 2004.
- WT/DS87/15, WT/DS110/14, *chili - taxes sur les boissons alcooliques, Arbitrage au titre de l'article 21 :3 c) du Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends*, 23 mai 2000.
- WT/DSB/14, « *décision de l'ORD de 1995 concernant l'établissement de l'organe d'appel* », 1995.

Rapports de l'Organe d'appel

- WT/DS108/ AB/R, *États-Unis-Traitement fiscal des « sociétés de ventes à l'étranger »*, rapport d'appel du 20 mars 2000.
- WT/DS135/AB/R, *Communautés européennes -Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport d'appel du 12 mars 2001.
- WT/DS138/AB/R, *États-Unis - Imposition de droits compensateurs sur les produits dérivés de l'acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, 10 avril 2000.
- WT/DS207/R, *Chili - Système de fourchettes de prix*, Rapport d'appel du 23 septembre 2002.
- WT/DS234/R, *États-Unis - Loi de 2000 sur la compensation pour continuation du dumping et maintien de la subvention*, Rapport d'appel du 16 septembre 2002.
- WT/DS27/AB/R, *Communautés européennes-Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Rapport d'appel du 9 septembre 1997.
- WT/DS27/AB/R, *Communautés européennes-Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes*, Rapport d'appel du 25 septembre 1997.
- WT/DS31/AB/R, *Canada- Périodiques, à propos de l'article III : 2 du GATT de 1994*, 30 juillet 1997.
- WT/DS48/AB/R, *Communautés européennes - Mesures concernant les viandes et les produits carnés (hormones)*, Rapport d'appel du 13 février 1998.
- WT/DS58/ AB/R, *États-Unis-Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport d'appel du 6 novembre 1998.
- WT/DS69/AB/R, *Communautés européennes- - Mesures affectant l'importation de certains produits provenant de volailles*, Rapport d'appel du 23 juillet 1998.
- WT/DS70/AB/R, *Canada - Mesures visant l'exportation des avions civils*, Rapport d'appel du 20 août 2000.

- WT/DS75/AB/17, WT/DS84/AB/18, *Corée - Taxes sur les boissons alcooliques*, Rapport d'appel du 17 février 1999.

- WT/DS135/AB/R, *Communautés européennes - Mesures affectant l'amiante et des produits en contenant*, rapport d'appel du 12 mars 2001.

Rapports des groupes spéciaux

- WT/DS121/R, *Argentine-Mesures de sauvegarde à l'importation de chaussures*, Rapport du Groupe spécial du 25 juin 1999.
- WT/DS152/R, *États - Unis - Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur Le commerce extérieur*, Rapport du Groupe spécial du 22 décembre 1999.
- WT/DS152/R, *États-Unis - Articles 301 à 310 de la Loi de 1974 sur le commerce extérieur*, Rapport du Groupe spécial du 27 janvier 2000.
- WT/DS320/8, *États-Unis - maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE -hormones*, rapport du 02 août 2005.
- WT/DS321/8, *Canada - Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE - hormones*, Rapport du Groupe spécial du 02 août 2005.
- WT/DS58/R, *États-Unis - Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, Rapport du Groupe spécial du 15 mai 1998.

Arrêts de la CJUE⁹¹⁶

- Arrêt 16/62 et 17/62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a. / Conseil*, Rec. 1962, P. 901, 14 décembre 1962.
- Arrêt C-568/07, *Commission / Grèce*, Rec., p. I-4505, point 51, 4 juin 2009.
- **Arrêt**, 22/70, *Commission / Conseil*, Rec. 1971. - P. 263, 31 mai 1971.
- Arrêt, 10/68, 18/68, *Eridania e.a / Commission*, Rec., 1969, p. 459, 10 décembre 1963.
- Arrêt, 112/77, *Töpfer / Commission*, Rec.1978, p. 1033, 3 mai 1978.
- Arrêt, 15/70, *Chevalley / Commission*, Rec. 1970 p. 975, 18 novembre 1970.
- **Arrêt**, 22/70, *Commission / Conseil des Communautés européennes - Accord Européen sur les Transports Routiers (AETR)*, 31 mars 1971.
- **Arrêt**, 294/83, *Les Verts / Parlement européen*, Rec. 1956, P. 1339, 23 avril 1986.
- Arrêt, 4/69, *Lütticke c / Commission*, Rec. p. 325, 28 avril 1971.
- Arrêt, 543/79, *Birke / Commission et Conseil*, Rec. p. 2669, 12 novembre 1971.
- Arrêt, 7/71, *Commission/ France*. Rec. 1971. P.1003. 14 décembre 1971.
- Arrêt, C-120/06 P, C-121/06 P, *FIAMM et FIAMM Technologies / Conseil et Commission*, Rec., p. II-5393 9 sept. 2008.
- Arrêt, C-143/88, C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, Rec. 1991, p. I-415, 21 février 1991.
- **Arrêt**, C-149/96, *Portugal / Conseil*, Rec. 1993, p. I-8425, 23 novembre 1993.
- Arrêt, C-149/96, *Portugal / Conseil*, Rec. p. I-8395, 23 novembre 1999.
- Arrêt, C-149/96, *Portugal / Conseil*, Rec., p. I-8395, 23 novembre 1999.
- Arrêt, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo / Italie*, Rec., 2006, p. I-5177, 13 juin 2006.
- Arrêt, C-177/04, *Commission / France*, Rec., 2006, p. I-2461, 14 mai 2006.
- Arrêt, C-2/74, *Reyners / Belgique*, Rec. 1974. CJCE. P. 631, 21 juin 1974.
- **Arrêt**, C-21 à 24/72, *International Fruit Company e.a. / Produktschap voor Groenten en Fruit*, Rec. 1972, p. 1219, 12 décembre 1972.

⁹¹⁶ Anciennement CJCE.

- Arrêt, C-248/05, *Commission / Irlande*, Rec., 2007, p. I-9261. 25 octobre 2007.
- Arrêt, C-248/05, *Commission / Irlande*, Rec., p. I-9261., 25 octobre 2007.
- **Arrêt**, C-25/62, *Plaumann & Co / Contre Commission*, repris à l'article 263 TFUE, Rec. éd. français p. 00199, 15 juillet 1963.
- Arrêt, C-280/93, *Allemagne / Conseil*, Recueil 1994, p. I-4973, 5 octobre 1994.
- Arrêt, C-309/89, *Codorniu / Conseil*, Rec. 1994, p. I-1853, 18 mai 1994.
- Arrêt, C-320/92, *Finsider SpA / Commission*, Rec., p. 1-5697, 15 décembre 1994.
- Arrêt, C-320/92, *Finsider*, Rec., p. I. 5697, 15 décembre 1994.
- **Arrêt**, C-377/02, *Van Parys NV / Belgisch Interventie- en Restitutiebureau*, Rec. 2005, p. I-1465, 01 mars 2005.
- Arrêt, C-387/97, *Commission / Grèce*, Rec. p. I-5047, 4 juillet 2000.
- Arrêt, C-387/97, *Commission / Grèce*, Rec., P. I-5047, 4 juillet 2000.
- Arrêt, C-445/07 P, C-455/07 P, *Commission / Ente per le Ville vesuviane*, Rec. 2009, p. I-7993. 10 septembre 2009.
- Arrêt, C-457/07, *Commission / Portugal*, Rec., 2009. p. I-8091, 10 septembre 2009.
- Arrêt, C-568/07, *Commission / Grèce*, Rec., P. I-4505, 4 juin 2009.
- Arrêt, C-69/89, *Nakajima All Precision / Conseil*, Rec., P. I-2169, 7 mai 1991.
- Arrêt, C-70/87, *Commission / Fediol*, 22 juin 1989.
- Arrêt, C-93/02, *Biret International SA / Conseil*, Rec. CJCE. I-10535, 30 septembre 2003.
- Arrêt, TPI, 484/93, *Unifruit Hellas / Commission*, Rec., p. II-1201, 15 décembre 1994.
- Arrêt, TPI, T-177/1, *Commission / Jégo-Quééré*, C-263/02, 1/04/2004.
- Arrêt, TPI, t-194/04, *Bavarian Lager / Commission*, 08 novembre 2007.
- Ordonnance, 6/64, *Flaminio Costa / E.N.E.L.*, Rec. 1964, p. 1195, 3 juin 1964.
- Ordonnance, C-151/98 P, *Pharos SA / Commission*, 28 septembre 1998.
- Ordonnance, T-201/04 dans l'affaire Microsoft Corp., 26 juillet 1997.

Règlements et décisions de l'Union Européenne

- CE, **Règlement** n° 3286/94 du Conseil, sur les obstacles au commerce, 22 décembre 1994.
- CE, *Décision 94/800 du Conseil*, du 22 décembre 1994.
- CE, *Décision 2005/370 du Conseil*, du 17 février 2005.

Arrêts de la CEDH

- Arrêt du 21 novembre 2001, *Fogarty / Royaume-Uni*.
- Arrêt du 17 janvier 2006, *Barbier / France*.
- Arrêt du 21 mai 2002, *Peltier / France*.
- Arrêt du 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov / Turquie*.

Décisions des tribunaux internationaux

- Affaire Trammell Crow Company / Canada, « Notification d'intention soumise par Trammell Crow Company », 07/09/2001.
- Arrêt, 2004/ECW/CCJ/04, Cour de Justice de la CEDEAO, *M. Afolabi Olajide / République fédérale du Nigéria*, 27 avril 2004.
- Arrêt, 630 F.2d 876, Court d'appel des États-Unis, *Filartiga / Pena-Irala*, 30 juin 1980.
- Arrêt, CIJ, *Belgique / Espagne, Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, février 1970.
- Arrêt, Serie C No. 1, § 91, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Velásquez Rodríguez / Honduras*, Exceptions Préliminaires, 26 juin 1987.

- Décision de l'ALENA, *UPS / Government of Canada*, Tribunal on petition, 17 October 2001.
- Décision de la Cour de cassation, *Perruche*, *Gaz. Pal.*, 25 janvier 2001, n° 20, p. 4, 17 novembre 2000.
- Décision de la Cour suprême du Canada, *Hendricks / Québec (Procureure générale)*, 2001-p. 1581 (C.S.).
- Décision de la Cour suprême du Canada, *U. L. Canada inc. / Québec (P. G.)*, Recueil de jurisprudence du Québec, p. 1720, 1999.
- Décision, 1 R.C.S., Cour Suprême du Canada, *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, 315 p., 1995.
- Décision, 2 R.C.S., Cour Suprême du Canada, *Danson / Ontario (Procureur général)*, 1086 p., 1990.
- Décision, 32-A18-FT, *Islamic Republic of Iran / United States of America*, 6 avril 1984.
- Décision, 38 Ilm 708 (1999), ALENA, *Ethyl Corporation / Canada*, sentence du 24 juin 1998.
- Décision, 473 U.S., Cour suprême des États-Unis, *Mitsubishi Motors Corp / Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, p. 614, 1985.
- Décision, 542 U.S., Cour suprême des États-Unis, *Sosa / Alvarez-Machain*, p. 692, 2004.
- Décision, CMC n°46/00, *Installation de voies privilégiées d'entrée dans les aéroports pour les citoyens du Mercosur (l'obligation incombe aux États)*, 14-15 décembre 2000.
- Ordre de comparaître, 2004/ECW/CCJ/04, Cour de Justice de la CEDEAO, *M. Afolabi Olajide / République fédérale du Nigéria*, 27 avril 2004.

Décisions de l'Arbitrage

- Counsel to canfor corporation and terminal forest products ltd, *canfor corporation, tembec inc., tembec investments inc., tembec industries inc., terminal forest products ltd. / United States Of America*, 10 mars 2006.
- CIRDI, (AF)/97/1, *Metalclad Corporation / Mexique*, 30 août 2000.

Rapports généraux

- *Deuxième rapport sur la protection diplomatique*, Doc. A/CN.4/514, Commission du droit international, 53^e sess., 28 février 2001.
- *Rapport annuel de la Cour de Justice de l'Union Européenne*, 2011.
- *Rapport NU A/CN.4/484*, Commission du droit international, *Rapport préliminaire sur la protection diplomatique*, 50^e sess. 1998.
- *Rapport*, NU A/57/10, *Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session*, AG NU, 57^e sess, 2002.
- *Report on the Law of Standing*, Ontario Law Reform Commission, Toronto, *Le ministère de l'avocat général*, 1988.

Sources électroniques

- Site officiel de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) :
<http://www.alenaaujourd'hui.org>
- Site officiel du journal le monde : <http://www.lemonde.fr>
- Site officiel de la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) : <http://www.ecowas.int>
- Site officiel de La Cour internationale de justice : <http://www.icj-cij.org/>
- Site officiel de La Cour européenne des droits de l'homme <http://www.echr.coe.int>
- Site officiel de l'OMC: <http://www.wto.org>
- World Trade Law : <http://www.worldtradelaw.net/>
- Site officiel de l'Union économique et monétaire ouest-africaine :
<http://www.uemoa.int>

Index

A

acteur privé, 8, 82, 110, 186, 187, 189, 193, 194, 204, 207, 212, 221, 226, 232, 245, 248, 251, 252, 257, 260, 261, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 273, 274, 275, 278, 280, 281, 285, 287, 292, 293, 295, 302, 308, 310, 313

acteurs non étatiques, 137, 208, 296, 297, 298, 299, 301, 315, 347

acteurs privés, 8, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 51, 52, 53, 56, 59, 64, 65, 66, 77, 81, 89, 92, 97, 107, 108, 109, 110, 111, 129, 131, 136, 145, 149, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 215, 216, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 228, 233, 237, 240, 242, 245, 246, 248, 249, 250, 251, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 302, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313

ALENA, 3, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 191, 246, 247, 248, 249, 252, 261, 262, 266, 267, 268, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 280, 284

amicus curiae, 25, 26, 27, 28, 32, 37, 51, 52, 53, 54, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 149, 187, 205, 257, 259, 266, 298, 338

arbitrage, 33, 37, 51, 55, 56, 57, 58, 69, 70, 71, 81, 129, 150, 157, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 247, 250, 256, 261, 266, 273, 293, 325, 331, 338, 341

C

CIJ, 52, 53, 54, 93, 135, 346

CJCE, 37, 59, 60, 63, 64, 205, 211, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 228, 229, 231, 232

E

État, 29, 30, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 58, 60, 68, 69, 70, 71, 73, 74, 77, 85, 95, 106, 109, 154, 169, 172, 177, 182, 183, 186, 187, 190, 191, 203, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 222, 224, 225, 226, 231, 237, 240, 241, 244, 245, 247, 248, 250, 251, 253, 254, 255, 256, 257, 259, 260, 261, 262, 263, 266, 267, 268, 271, 273, 275, 276, 277, 278, 280, 281, 282, 283, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 293,

294, 295, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 312, 313, 334, 341

G

GATT, 30, 32, 67, 72, 74, 75, 76, 79, 80, 81, 82, 84, 93, 98, 99, 108, 132, 165, 166, 177, 178, 179, 180, 181, 186, 187, 192, 196, 197, 201, 202, 208, 212, 213, 214, 218, 220, 222, 261, 268

groupe spécial, 10, 11, 13, 14, 15, 69, 84, 89, 90, 94, 128, 129, 130, 132, 133, 136, 137, 139, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 160, 165, 166, 167, 178, 184, 185, 186, 187, 194, 196, 197, 212, 247, 268, 272, 301, 302, 307

Groupes spéciaux, 84, 92, 105, 130, 131, 132, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 160, 162, 165, 247, 268, 272, 283, 284, 318, 319, 351

I

intervention, 8, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 42, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 68, 72, 74, 75, 82, 86, 89, 90, 91, 96, 97, 105, 107, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 117, 118, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 161, 166, 167, 168, 174, 175, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 205, 210, 211, 214, 222, 232, 237, 239, 243, 245, 248, 257, 258, 260, 263, 264, 268, 281, 282, 283, 285, 293, 298, 300, 307, 308, 313, 330, 333, 335, 337, 338

J

juridicisation, 34, 188, 205, 220, 248, 261, 270, 271, 273, 285, 287, 292, 293, 312, 313

juridictionnalisation, 193, 203, 261, 268, 270, 273, 283, 301, 315

L

légitimité, 29, 32, 33, 36, 61, 74, 85, 86, 90, 91, 92, 97, 99, 100, 101, 102, 103, 131, 145, 146, 147, 148, 173, 179, 187, 222, 232, 233, 285, 286, 298, 200, 308, 309, 315, 319

M

mécanisme, 7, 10, 11, 13, 21, 25, 26, 27, 43, 44, 53, 56, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 84, 89, 111, 112, 124, 126, 128, 129, 134, 146, 149, 156, 157, 158, 166, 168, 172, 175, 177, 178, 180, 183, 186, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 216, 221, 227, 247, 248, 249, 250, 251,

254, 255, 259, 260, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 271, 273, 277, 283, 284, 285, 290, 295, 300, 302, 303, 305, 309, 315, 316, 318, 319, 320, 329, 334, 339

Mémoire d'accord, 4, 12, 13, 14, 15, 84, 89, 90, 93, 128, 129, 133, 152, 153, 154, 155, 156, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 168, 176, 180, 181, 183, 184, 195, 196, 259, 263, 264, 265, 268, 272, 302, 308

O

OMC, 29, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 42, 46, 53, 66, 67, 72, 73, 74, 75, 76, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 118, 124, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 156, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 175, 176, 177, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 190, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 227, 232, 239, 243, 245, 246, 248, 252, 255, 256, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313

ONG, 32, 34, 36, 53, 54, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 132, 138, 187, 200, 248, 266, 300

opérateurs privés, 9, 32, 33, 40, 63, 65, 108, 123, 193, 194, 195, 198, 200, 201, 202, 205, 206, 208, 213, 215, 252, 262, 288, 290, 313, 314, 317, 319, 320, 321

ORD, 33, 42, 84, 91, 93, 110, 112, 124, 128, 133, 134, 136, 138, 150, 151, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 167, 168, 175, 176, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 195, 212, 217, 218, 219, 220, 221, 262, 266, 268, 272, 285, 286, 302, 308, 309

Organe d'appel, 13, 14, 33, 53, 84, 89, 92, 94, 105, 110, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 149, 150, 151, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 184, 185, 186, 187, 193, 268, 272, 273, 284, 297, 302, 303, 311

Organe de règlement des différends, 4, 7, 10, 13, 84, 219

P

PED, 5, 154, 155, 315

personnes privées, 30, 32, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 50, 54, 55, 59, 62, 66, 67, 68, 72, 110, 113, 123, 132, 150, 187, 191, 193, 195, 198, 229, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 251, 258, 307

S

société civile, 25, 37, 55, 63, 73, 75, 80, 86, 91, 92, 95, 97, 98, 104, 110, 142, 147, 148, 187, 193, 200, 234, 235, 248, 250, 257, 264, 279, 300, 341

Table des matières

Remerciements	2
Table des abréviations	3
Les revues.....	6
Sommaire	8
Introduction	9
Paragraphe I - Le système de règlement des différends de l'OMC	10
A - Les origines du système.....	11
B - Les caractéristiques du système	12
Paragraphe II - L'identification des catégories d'acteurs agissant sur la scène internationale.....	16
A - La notion d'État souverain.....	16
B - L'émergence d'entités privées distinctes de l'État	19
1 - Les fondements théoriques de la notion de société civile	20
2 - La déclinaison processuelle de la notion de société civile : l' <i>amicus curiae</i>	25
Paragraphe III - La problématique de l'intervention des acteurs privés au système de règlement des différends de l'OMC.....	29
PARTIE I - Des possibilités limitées d'intervention des acteurs privés au niveau international.....	35
TITRE I - La non-reconnaissance des acteurs privés dans le droit international public.....	36
CHAPITRE I - L'ignorance des personnes privées par les instances juridictionnelles	36
Section I - Un contexte international défavorable aux acteurs privés.....	37
Paragraphe I - L'incapacité des personnes privées encouragée par la théorie de la protection diplomatique	38
A - Le contenu de la théorie classique	39
1 - Les grands aspects de la théorie classique.....	39
2 - Les modalités de la mise en œuvre de la théorie classique	41
B - Les controverses de la théorie classique	45
1 - Les solutions du droit international répondant aux lacunes de la théorie.....	46
2 - Les solutions doctrinales face aux faiblesses de la théorie.....	48
Paragraphe II - L'inaptitude des personnes privées devant les juridictions interétatiques	50
A - L'hostilité de la Cour Internationale de Justice à l'égard de la participation des acteurs privés.....	51
B - L'irrecevabilité de la demande des personnes privées devant les tribunaux arbitraux	55

Section II - La fermeture à l'égard des personnes privées dans les traités d'intégration économique régionale	59
Paragraphe I - L'attitude ambiguë devant les juridictions communautaires.....	59
A - Les observations amicales déposées par les États et les institutions Communautaires	60
B - L'intervention des associations représentatives.....	63
Paragraphe II - L'hésitation de l'ALENA quant à l'intervention privée	65
A - L'hostilité de principe de l'ALENA à l'égard des personnes privées	66
B - L'accueil exceptionnel des personnes privées en matière d'investissement	68
CHAPITRE II – L'hésitation quant à la reconnaissance des organisations non gouvernementales à l'OMC	73
Section I - La reconnaissance difficile des ONG par les organes de l'OMC.....	75
Paragraphe I - Les évolutions historiques vers la reconnaissance des ONG	75
A - Avant le GATT	76
B - Pendant le GATT	80
Paragraphe II - Les obstacles empêchant l'intervention des ONG dans l'OMC	82
A - L'immixtion difficile des ONG dans une OMC fondamentalement intergouvernementale.....	83
1 - L'immixtion des ONG dans l'OMC, sujet délicat.....	83
2 - L'immixtion des ONG dans l'OMC, un sujet controversé.....	85
B - Les craintes étatiques à l'égard de l'intervention des ONG	86
1 - Des avantages qui ne vont pas sans inconvénients.....	87
2 - La maintien de la confidentialité des procédures	89
Section II - Les facteurs favorables à l'interaction entre les ONG et l'OMC.....	91
Paragraphe I - La transparence comme facteur essentiel de l'intervention	91
A - Un manque sérieux de transparence à l'OMC	91
B - La transparence dans les relations extérieures de l'OMC.....	94
Paragraphe II - Les résultats positifs favorisant l'interaction entre les ONG et l'OMC..	97
A - La légitimité comme facteur primordial de l'intervention	97
1 - La notion de légitimité à l'échelle internationale	98
2 - Le développement du contenu de la légitimité	101
B - Le besoin croissant à l'OMC des expertises et des relations apportées par les ONG	105
1 - Les ONG, une source importante d'expertise	105
2 - Une capacité incontournable de créer des réseaux de relations avec tous les acteurs.	107

TITRE II - Les voies de participation des personnes privées au système de règlement des différends à l'OMC	110
CHAPITRE I - L'intervention des acteurs privés en qualité d' <i>amicus curiae</i>	111
Section I - L'utilité de l' <i>amicus curiae</i> pour l'ORD	112
Paragraphe I - Un rôle essentiel d'information du juge par l' <i>amicus curiae</i>	112
A - Informer sur le droit.....	113
B - Informer sur le contexte général de l'affaire.....	115
Paragraphe II - Un rôle important de l' <i>amicus</i> auprès des juridictions nationales et internationales	117
A - Présenter des intérêts plus généraux que ceux des parties à l'OMC	118
B - Aider les juges nationaux à appliquer le droit international	121
Section II - Le mode d'intervention de l' <i>amicus curiae</i>	124
Paragraphe I - Les aspects de l'intervention	124
A - Le placement de l' <i>amicus curiae</i> devant l'ORD	124
1- Un mode d'intervention original aux racines incertaines	125
a - Les origines incertaines de l' <i>amicus curiae</i>	125
b - L'intervention de l' <i>amicus curiae</i> comparée aux autres formes d'intervention.....	128
2 - L'accueil évolutif de l' <i>amicus curiae</i> par l'Organe d'appel.....	131
a - L'Organe d'appel et l'adoption des mémoires de l' <i>amicus curiae</i>	131
b - L'Organe d'appel et le courant anglo-saxon en droit international.....	134
B - Les exigences de l'intervention de l' <i>amicus curiae</i>	136
1 - Les conditions prévues pour la participation	136
2 - Les conditions du contenu de la participation	138
Paragraphe II - les limites de l'intervention des <i>amicus curiae</i>	140
A - Une intervention originale de l' <i>amicus curiae</i>	140
1 - L' <i>amicus curiae</i> , une non partie	141
2 - L'absence de capacité procédurale de l' <i>amicus curiae</i>	142
B - Une intervention risquée de l' <i>amicus curiae</i>	145
1 - L'extension du contradictoire au-delà des parties	145
2 - Le risque d'une légitimation de façade.....	147
CHAPITRE II - Le statut des personnes physiques membres des instances de règlement des différends de l'OMC	150
Section I - Les membres des Groupes spéciaux et de l'Organe d'appel	151
Paragraphe I - Les Panelistes	151
A - Les circonstances et les conditions de nomination dans les Groupes spéciaux.....	152

B - Les modalités de travail des membres du Groupe spécial	155
Paragraphe II - Les membres de l'Organe d'appel	160
A- Les circonstances et les conditions de nomination dans l'Organe d'appel	161
B - Les modalités de travail durant la phase d'appel	165
Section II - Le statut des arbitres participants au mécanisme de règlement des différends de l'OMC	168
Paragraphe I - Le rôle de l'arbitrage au niveau international	169
A - Les aspects positifs de l'arbitrage	169
B - L'arbitrage, un mode différent par rapport aux autres mécanismes de règlement de différend	173
Paragraphe II - Les différentes phases d'intervention de l'arbitre dans le cadre de l'OMC	175
A - Le recours à l'arbitrage comme alternative aux procédures judiciaires	176
1 - L'arbitrage au cœur du GATT	177
2 - L'arbitrage au cœur de l'OMC	180
B - Le recours à l'arbitrage pour la mise en œuvre des décisions de l'ORD	183
1 - L'intervention de l'arbitre dans la détermination du délai d'exécution	183
2 - L'intervention de l'arbitre dans la détermination du niveau de compensation ou de suspension	185
PARTIE II - Un environnement réceptif à l'intervention des acteurs privés dans le système de règlement des différends	188
TITRE I - Un meilleur encadrement universel de l'acteur privé	189
CHAPITRE I - La diversité des expériences juridiques nationales	190
Section I - Les expériences de formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des acteurs privés	191
Paragraphe I - Les expériences de formalisation sur le continent américain	192
A - L'expérience américaine de formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des acteurs privés	192
B - L'expérience canadienne de formalisation des mécanismes internes de traitement des plaintes des acteurs privés	198
Paragraphe II - Les expériences de formalisation sur le continent européen	201
A - Le processus législatif du traitement des plaintes des parties privées	201
B - Le processus judiciaire du traitement des plaintes des acteurs privés	205
Section II - L'invocabilité des accords de l'OMC en droit interne	208
Paragraphe I - Une invocabilité complexe des traités en droit interne	209
A - L'état du droit concernant l'invocabilité des accords de l'OMC	209
B - Les conditions juridiques d'invocabilité	212

1 - Les conditions juridiques internationales de l'invocabilité des accords de l'OMC ..	212
2 - Les conditions juridiques internes de l'invocabilité des accords de l'OMC	214
Paragraphe II - Un possible assouplissement du refus traditionnel de l'invocabilité des accords de l'OMC	216
A - Un assouplissement limité de la part des Institutions Européennes et de certains États membres de l'OMC.....	217
B - Un assouplissement progressif de la part des Institutions Européennes.....	219
CHAPITRE II - Les perspectives comparatistes dans le cadre des organisations internationales	223
Section I - Les recours privés dans le cadre de l'Union Européenne.....	223
Paragraphe I - L'ouverture aux individus de certaines voies de recours directe	224
A - Les recours fermés à l'accès direct des individus.....	224
1- Le recours en manquement.....	225
2 - Des recours non accessibles directement aux acteurs privés.....	226
3 - Des autres modes de mise en œuvre internes du droit de l'Union	227
B - Les recours ouverts aux individus.....	228
1 - Le recours en annulation.....	228
2 - Le recours en carence	230
3 - Le recours en réparation ou en responsabilité extra contractuelle.....	231
Paragraphe II - La participation des acteurs privés au corpus institutionnel européen... ..	233
A - La nécessité d'une participation horizontale des personnes privées	234
1 - Le développement d'une participation formalisée	234
2 - Le développement d'une participation informelle.....	236
B - Une diversité des modes de participation verticale.....	237
1 - Une participation imposée par le droit de l'Union	238
2 - Un prolongement volontaire des principes de la participation	239
Section II - Les acteurs privés dans le droit des autres organisations	240
Paragraphe I - Dans des organisations régionales d'intégration économique	240
A - Sur le continent Africain.....	240
1 - Dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)	241
2 - Dans la Communauté Économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ..	243
B - Sur le continent américain	246
1 - Le positionnement actuel des acteurs privés dans le cadre de l'ALENA.....	246
2 - Le positionnement actuel des acteurs privés dans le cadre du MERCOSUR	249
Paragraphe II - Auprès des tribunaux internationaux de protection des droits de l'homme	252

A - La place de l'individu auprès de la Cour européenne des droits de l'homme	253
B - La place de l'individu auprès de la Cour interaméricaine des droits de l'homme....	256
TITRE II - Une extension espérée du rôle des acteurs privés à l'OMC.....	259
CHAPITRE I - Les potentialités de l'extension du droit des acteurs privés de porter plainte auprès de l'OMC	259
Section I - Les aspects juridiques de l'extension du recours des acteurs privés à l'OMC	260
Paragraphe I - Les procédures nécessaires du mécanisme de règlement des différends à l'OMC	260
A - La forme juridique d'un recours privé à l'OMC	261
B - La matérialisation des modifications du mécanisme de règlement des différends à l'OMC	263
Paragraphe II - Les modalités potentielles d'extension d'un recours privé à l'OMC	265
A - Le caractère personnel du recours privé à l'OMC	266
B - Le caractère matériel du recours privé à l'OMC	267
Section II - Les effets juridiques émergents de l'extension du recours des acteurs privés à l'OMC	269
Paragraphe I - Les effets juridiques attendus sur le système commercial multilatéral ...	270
A - Un renforcement de la prégnance du droit international dans les relations économiques	270
1 - Un renforcement souhaitable de la juridicisation des relations commerciales internationales	270
2 - L'amélioration de l'application du droit international économique.....	273
B - Une articulation possible entre les différentes voies d'action contentieuses.....	275
1 - Une probabilité de parallélisme des recours privés et étatiques	275
2 - La remise en question de la règle de l'épuisement des voies de recours internes.....	277
Paragraphe II - Les effets juridiques plausibles sur le droit international public	279
A - L'évolution apparente du statut juridique des acteurs privés en droit international.	279
B - Une fragmentation possible du droit international.....	282
CHAPITRE II - Une extension polémique du rôle des acteurs privés au sein de l'OMC	286
Section I - Les arguments soutenant l'extension du droit de saisine des acteurs privés à L'OMC.....	287
Paragraphe I - L'ouverture progressive de l'accès direct des acteurs privé à l'OMC	288
A - La fin de l'exigence de la qualité étatique du plaignant	288
B - Les solutions envisagées aux problématiques des acteurs privés au sein du commerce international	290
Paragraphe II - Des efforts de juridicisation des litiges commerciaux internationaux ...	292

A - Une tentative pour limiter le caractère politique des différends commerciaux internationaux	292
B - Une application efficace du droit et des décisions internationales	294
1 - Une meilleure interaction entre les divers acteurs publics et privés.....	294
2 - Des relations commerciales internationales basées sur la primauté du droit	296
Section II - Les arguments opposés à l'extension du droit de saisine à l'OMC	298
Paragraphe I - La nécessité d'une mainmise étatique dans le règlement des différends internationaux	299
A - Un État pierre angulaire des relations commerciales internationales.....	299
1 - La persistance nécessaire d'un rôle conciliateur de l'État.....	299
2 - La complexité croissante des différends commerciaux internationaux.....	301
B - Un État porteur exclusif de l'action juridictionnelle.....	304
1 - Un rôle essentiel et unique de l'État en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationale.....	304
2 - Un rôle étatique indispensable pour l'exécution des obligations des membres de l'OMC	307
Paragraphe II - Une carence intrinsèque de la légitimité du plaignant privé à l'OMC.	309
A - L'impossible alignement des régimes du droit de l'investissement direct à l'étranger et du droit de l'OMC.....	310
B - Une finalité substantielle de l'OMC incompatible avec la poursuite d'intérêts purement privés.....	312
Conclusion.....	314
Bibliographie	324
Ouvrages généraux	324
Ouvrages spécialisés	327
Thèses.....	329
Mémoires.....	329
Articles et publications.....	330
Contributions à des ouvrages collectifs.....	344
Conventions internationales	349
Rapports de l'Organe d'appel	350
Rapports des groupes spéciaux	351
Arrêts de la CJUE.....	352
Règlements et décisions de l'Union Européenne	354
Arrêts de la CEDH	354
Décisions des tribunaux internationaux	354

Décisions de l'Arbitrage.....	355
Rapports généraux.....	356
Sources électroniques.....	356
Table des matières.....	359

Les acteurs privés dans le système de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.)

Le règlement des différends forme la clef de voûte du système commercial multilatéral et une contribution sans précédent de l'OMC à la stabilité de l'économie mondiale. Sans un moyen de régler les différends, le système fondé sur des règles ne serait d'aucune utilité car celles-ci ne pourraient pas être appliquées. Cette organisation est dotée de moyens institutionnels et de régulation propres. L'ORD, Organe de règlement des différends, arbitre des différends commerciaux internationaux qui vise à garantir le bon fonctionnement de l'OMC et à la correction des défauts majeurs apparus lors du GATT. Il est aujourd'hui l'un des mécanismes interétatiques parmi les plus actifs sur le plan international.

Pourtant, le jeu économique international n'implique pas seulement les États, les acteurs privés, affectés par les actes et les comportements commerciaux, y cherchent à jouer un rôle concret et efficace. Cette étude aborde la question de la possibilité d'intervention des acteurs privés aux procédures de règlement des différends de l'OMC. Elle a pour objet de présenter les formes actuelles d'intervention de ces acteurs au sein de ces procédures et les possibilités d'un renforcement de leur participation au sein de l'OMC.

The dispute settlement forms the cornerstone of the multilateral trading system and an unprecedented contribution of the WTO to the stability of the global economy. Without a means of settling disputes, the rules-based system would be of no use because the rules could not be applied. This organization has the institutional capacity and specific regulation. The Dispute Settlement Body, arbiter of international trade disputes aims to ensure a proper functioning of the WTO and correction of major shortcomings recognized in the GATT. It is now one of the most active interstate mechanisms at the international level.

However, the international economic game involves not only states. Private actors affected by the trade actions and conduct, are seeking to play a meaningful and effective role. This research discusses the possibility of the involvement of private actors in the dispute settlement procedures of the WTO. It aims to present current forms of intervention of these actors in these procedures and the possibilities of enhancing their participation in the WTO.