



SCIENCES PO

Chaire Mutations de l'Action
Publique et du Droit Public

Troisième session du Séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global »

L'émergence d'un droit administratif global

LA PARTICIPATION DES PERSONNES PRIVEES DANS LES INSTITUTIONS ADMINISTRATIVES GLOBALES

Laurence DUBIN, Maître de conférences en droit public à l'Université Paris I
Rozen NOGUELLOU, Professeur de droit public à l'Université de Nantes

Version provisoire

Selon les concepteurs du Droit administratif global, *“in domestic settings, the rights of affected individuals to have their views and relevant information considered before a decision is taken is one of the classical element of administrative law”*¹. Cette constatation mérite d'être discutée. A l'issue d'une analyse comparative des droits administratifs des Etats membres, le Comité de la gestion publique de l'OCDE dans une étude datant de 2001 constate le caractère non seulement rare mais également très disparate de la participation publique dans les droits administratifs nationaux². Parmi eux, le droit administratif américain, avec l'*Administrative procedure Act* de 1946, est certainement le plus ancien à avoir imposé la consultation des personnes privées visées par les réglementations administratives. La transposition de ce processus décisionnel dans les institutions globales peut ainsi alimenter la thèse selon laquelle le droit administratif global traduirait un certain hégémonisme de modèles nationaux administratifs particuliers³. L'apparition de ce processus décisionnel dans les

¹ B. KINGSBURY, N. KIRSCH, R. B. STEWART, “The emergence of global administrative law”, *Law and Contemporary problems*, vol. 15, . cit., p. 37.

² « While information has increased over the past decade, there are large difference in consultation and active participation and efforts to engage citizens in policy-making are rare and confine to a very few OECD countries », voir OECD Public Management (PUMA) Policy Brief n°10, Engaging citizens in policy making : information, consultation and public participation », Paris, July 2001, p. 3.

³ “Casting global governance in administrative terms might lead to its stabilization and legitimation in ways that privilege current powerholders and reinforce the dominance of Northern and Western concepts of law and sound governance”, B. KINGSBURY, N. KIRSCH, R. B. STEWART, “The emergence of global administrative law”, *op. cit.*, p. 27.

Institutions globales ne peut cependant se lire en simple transposition d'un modèle national. La migration de la participation publique, certes caractéristique du droit administratif américain, vers les Institutions globales s'accompagne nécessairement d'adaptations à leurs spécificités et à leurs contraintes. Les institutions administratives globales acceptent chacune différemment que les personnes privées participent à leur enceinte. Chacune différemment encore parvient, en retour, à contraindre les procédures administratives nationales à intégrer la participation publique des administrés à la formation des décisions administratives, fussent-elles destinées à exécuter les règles et disciplines imposées par les Institutions globales.

Le concept de « participation » doit sans doute être précisé car il est souvent mêlé à des pratiques proches dans leur fondement, mais qui n'en sont pas moins différentes. Participation et transparence sont ainsi souvent rapprochées : or, s'il est vrai que la participation est susceptible de contribuer à la transparence du processus décisionnel, ce n'est pas nécessairement le cas – la participation de personnes privées peut se faire de manière très peu transparente - ; par ailleurs, la transparence suppose autre chose que la seule participation : information du public, accès aux documents ...

On peut envisager la participation publique selon une acception extensive ou restrictive selon qu'elle s'adresse aux seuls destinataires de la décision administrative ou, plus globalement, à toute personne intéressée. La présente étude envisagera ici la participation publique selon une acception large, englobant à la fois les consultations de personnes ciblées et les procédures participatives associant tout azimut toutes les personnes qui s'estiment intéressées. Ainsi, les personnes privées associées au processus normatif pourront être aussi bien des opérateurs économiques directement concernés par la décision que des organisations non gouvernementales, des experts académiques, possédant un intérêt dans ce qu'édictera la décision.

Le champ de cette étude a été réduit à trois institutions globales : l'Union européenne, l'OCDE et l'OMC.

Le cas de l'Union européenne est intéressant pour deux séries de raisons au moins : d'abord parce que le concept de participation y a acquis une importance considérable avec le développement de la notion de nouvelle gouvernance européenne, ensuite parce qu'il s'agit d'une organisation d'intégration, dans laquelle les règles posées au niveau communautaire ont vocation à s'imposer aux Etats membres, ou, lorsqu'il s'agit de règles applicables seulement au niveau communautaire, à les inspirer.

L'étude de l'OMC présente lui un autre intérêt. Il a déjà été amplement analysé en quoi l'OMC constitue une institution à vocation globale participant à la construction d'un droit administratif global⁴. En revanche, le mode de production des décisions administratives nationales prescrit par l'OMC pour assurer l'exécution de ses règles (législatives) est, lui, rarement analysé. La littérature se fait plus souvent l'écho du reproche adressé à l'OMC de ne pas suffisamment associer les ONGs dans sa production des règles, de nature législative. Or, ces règles, en ce qu'elles appartiennent au genre « *treaty making* », n'intéressent pas directement le droit administratif global. Elles peuvent néanmoins être étudiées en ce qu'elles

⁴ “*General principles of administrative law have been recognized and enforced both by panels entrusting with the task of solving disputes among members and by Appellate Body and these principles are not only binding on the quasi-judicial bodies of the WTO, but also on its contracting parties* », G. DELLA CANANEA, “Beyond the State : the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law”, *European Public Law*, Volume 9, Issue 4, 2003, p. 573.

peuvent remplir une fonction administrative (en prescrivant aux Etats membres un certain type de régulation administrative). De même, la littérature toujours aussi abondante concernant l'ouverture du mécanisme de règlement des différends de l'OMC aux personnes privées, par la voie des *amicus curiae*, n'envisage que très rarement les relations entre l'OMC et les personnes privées sous l'angle du Droit administratif global. *A priori*, cela semblerait justifié par le fait que là encore que les décisions émanant de l'Organe de règlement des différends (ci-après « l'ORD ») ne sont pas de nature administrative mais juridictionnelle, sinon quasi-juridictionnelle. Cela revient cependant à omettre l'hypothèse que les décisions adoptées par l'ORD peuvent aussi avoir une fonction administrative destinées à assister les Etats dans l'exécution nationale des règles posées sous l'OMC. Sous cet angle, la consultation des personnes privées, en tant qu'*amicus curiae*, peut s'analyser comme une importation du modèle de l'*interest representation* cher au droit administratif américain.

L'étude de l'OCDE est intéressante à plusieurs titres. En premier lieu, l'OCDE associe de plus en plus fréquemment les personnes privées, alors qu'elle est née comme un club d'Etats marqué pour une certaine opacité. L'OCDE trouve dans cette participation le moyen d'afficher une certaine transparence et responsabilité (au sens d'« *accountability* ») de l'organisation elle-même. A ce titre, elle intéresse directement le droit administratif global.

En s'intéressant aux modalités de la participation publique pratiquée au sein de ces trois organisations, l'étude permettra de montrer l'absence d'une conception unifiée de la participation publique. Tout au plus, celle-ci apparaît-elle comme un processus normatif auquel les organisations recourent librement et qu'elles organisent à leur guise, avec plus ou moins de transparence. L'étude s'intéressera ensuite aux finalités poursuivies par ces trois organisations. Ce faisant, l'analyse permettra de « tester » les fonctions prescriptives assignées au Droit administratif global⁵. Parmi elles, la fonction démocratique semble devoir être tout particulièrement questionnée. Comme l'a résumé Sabino Cassese, l'assignation de cette fonction au droit administratif global repose sur un raisonnement courant. L'Etat est le siège de la démocratie ; le droit administratif national participe de cette démocratie ; si le droit administratif échappe à l'Etat, la démocratie est érodée et une technocratie globale se développe, capable seulement de dialoguer avec les bureaucraties nationales. Par suite, le droit administratif global devrait être doté d'une fonction démocratique afin de pallier le « déficit » de légitimité démocratique des institutions à vocation globale⁶. A défaut de venir d'en haut par un processus de constitutionnalisation mondiale à peine amorcé, la légitimation pourrait ainsi venir d'en bas par une procéduralisation de la participation des personnes privées à l'adoption au sein des institutions à vocation globales des normes administratives à destination globale. L'analyse de la façon dont l'Union Européenne, l'OMC et l'OCDE conçoivent la participation publique invitent à relativiser la justification démocratique de la participation publique. L'objectif poursuivi semble moins ambitieux et tient à la qualité, sinon à l'efficacité de la décision administrative produite à l'issue de la participation. En cela, il

⁵ Comme le reconnaissent Benedict Kingsbury, Nico Krisch et Richard B. Stewart, « *participants in either the study or the construction of a global administrative law recognize that these are normative projects, and not simply a taxonomical exercise of the promulgation of practical technical solutions to well-defined and accepted problems posed by global regulatory administration* », voir B. KINGSBURY, N. KIRSCH, R. B. STEWART, « The emergence of global administrative law », *op. cit.*, p. 42.

⁶ Le déficit démocratique des institutions administratives peut en effet signifier plusieurs choses. Il peut réprouver la façon dont les institutions internationales se comportent vis-à-vis de ses Etats parties, il peut réprouver ensuite le laxisme des institutions internationales vis-à-vis des Etats non démocratiques, il peut, enfin, réprouver le manque de responsabilité de l'institution internationale (au sens d'*accountability*) vis-à-vis du public pourtant concerné par ses règles. C'est évidemment dans ce troisième sens que le « déficit démocratique » des institutions globales intéressent la participation publique.

semblerait que dans sa migration vers les institutions globales, la participation publique n'a pas perdu la finalité qui justifia son adoption par les institutions administratives nationales⁷. Si donc les modalités de la participation publique s'avèrent très disparates selon les organisations (I), les finalités poursuivies, elles, semblent au moins converger vers la recherche d'une bonne décision administrative (II).

I. Modalités de la consultation publique

Que ce soit au sein de l'Union européenne, de l'OCDE ou de l'OMC, on peut distinguer deux dimensions de la participation publique. La première, que l'on peut qualifier d'horizontale, associe les personnes privées dans le processus d'élaboration des normes de l'Organisation elle-même. La seconde, que l'on peut qualifier de verticale, associe les personnes privées dans l'élaboration des normes nationales chargées d'assurer l'exécution des normes globales émises par les organisations. L'étude de ces deux dimensions est naturellement requise dès lors que l'on se place dans la perspective du droit administratif global car comme l'a très bien montré Sabino Cassese, « *entre droit global et droit interne, il n'y a pas de séparation nette* »⁸.

A. La participation publique au sein de l'espace administratif européen

La question de la participation publique présente, en droit communautaire, des spécificités qu'il faut souligner d'emblée, même si l'on y reviendra dans la seconde partie de cette étude. Tout d'abord, et contrairement à ce qui se produit dans le cadre d'organisations internationales reposant sur un fonctionnement intergouvernemental, le droit communautaire repose sur une certaine participation des citoyens. Les Traités font l'objet de procédures de ratification qui, dans de nombreux pays, supposent un référendum. Les normes communautaires doivent, pour la plupart, être adoptées par le Parlement européen qui représente les citoyens au sein des instances communautaires. La problématique est donc assez différente, dans l'espace européen de celle que l'on rencontre au sein de l'OMC et de l'OCDE.

Cela étant dit, la légitimité démocratique du droit communautaire a souvent suscité des réserves, ce qui explique sans doute que les institutions communautaires se soient souciées de manière de plus en plus importante d'assurer la participation du public au mécanisme décisionnel communautaire. Le « principe de participation » fait ainsi partie des principes « de bonne gouvernance » identifiés par la Commission européenne⁹, au même titre que l'ouverture, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence. La Commission le présente de la manière suivante :

⁷ « In public participation, the goal of the agency is to become informed over the concerns of the public and to learn any facts they believe are relevant », Philip HARTER, "Administrative law in the United States", *Administrative law of the European Union, its Member States and the United States*, Interstentia Utigevers Antwerpen, Groningen, 2002, p.324.

⁸ Sabino CASSESE, *Dr. Adm., juin 2007*. Comme l'explique Sabino Cassese, Certaines organisations, comme l'OMC, peuvent être privées d'appareils executifs et, par suite, encadrer les fonctions administratives assurées par les Etats de façon à ce que leurs décisions respectent un certain nombre de principes procéduraux. Dans ce cas, il y a réglementation internationale et administration nationale.

⁹ Livre blanc sur la gouvernance européenne, Com (2001) 428. V. D. Gadbin, « Les principes de bonne gouvernance européenne », Mél. G. Isaac, Presses universitaires de Toulouse, p. 589.

« 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 oeuvre 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 oeuvre des politiques de l'UE, d'une approche faisant précisément appel à la participation de tous. »

On voit apparaître, dans cette analyse du principe de participation, les deux aspects qu'il revêt en droit communautaire : une dimension « horizontale », la participation est une donnée du mécanisme décisionnel communautaire (1), une dimension « verticale », la participation joue un rôle important, également, dans les rapports qu'entretiennent le système juridique communautaire et les systèmes des Etats membres (2).

1. La dimension horizontale

Dès lors que le souci de bonne gouvernance est apparu comme une préoccupation majeure de l'Union européenne et que la dimension relative à la participation du public a été considérée comme jouant un rôle clé dans ce concept, l'Union se devait de développer les instruments de cette participation. Une distinction peut être opérée, de ce point de vue, entre participation formalisée et participation informelle, même si l'on doit immédiatement la relativiser tant il existe des variations dans les modes d'association du public aux mécanismes décisionnels communautaires.

a) La participation formalisée

L'association de la société civile passe d'abord, en droit communautaire, par des organes spécifiques qui ont été institués pour représenter des intérêts différents des intérêts étatiques entendus *stricto sensu*.

C'est le rôle du Comité économique et social, lequel constitue, pour reprendre l'expression qu'il utilise pour se présenter « un pont entre l'Europe et la société civile organisée ». La composition du CES doit assurer la représentation « des différentes composantes à caractère économique et social de la société civile organisée, notamment des producteurs, des agriculteurs, des transporteurs, des travailleurs, des négociants et artisans, des professions libérales, des consommateurs et de l'intérêt général » (TCE, art. 257).

La participation du Comité économique et social au processus décisionnel est organisée par les Traités : sa consultation est obligatoire dans un certain nombre de cas¹⁰, il peut, par ailleurs, être consulté si les institutions communautaires l'estiment nécessaire mais il dispose également d'un pouvoir d'initiative, pour « émettre un avis dans les cas où il le juge opportun »¹¹. Le rôle du Comité économique et social demeure donc limité, il n'a pas le pouvoir de bloquer une décision ni d'imposer qu'un acte soit adopté, mais il joue sans conteste une fonction d'alerte : pour les institutions communautaires, qui sont ainsi informées

¹⁰ Notamment en matière de politique sociale, de dispositions relatives à la formation professionnelle, de protection des consommateurs, de santé publique ...

¹¹ TCE, art. 262. Ce pouvoir d'initiative est relativement récent puisque c'est le Traité de Maastricht qui l'a conféré au Comité économique et social.

des préoccupations de la société civile, pour les membres de cette société civile, qui connaissent ainsi les textes en préparation et les orientations adoptées par les institutions communautaires.

A côté du Comité économique et social, se sont développées, à un rythme tout à fait impressionnant, des agences européennes, dont la particularité est de comporter, en leur sein, des représentants de la société civile, et plus précisément des milieux professionnels intéressés. Ces agences ne sont pas formellement prévues par le Traité, mais elles sont instituées par des actes de droit dérivé si bien que l'on peut considérer qu'elles relèvent de la participation institutionnelle formalisée. Elles disposent pour la plupart de pouvoirs administratifs puisqu'elles ont le plus souvent pour mission d'assister la Commission dans son rôle d'exécution, et que, pour mener à bien cette tâche, un pouvoir de décision leur est souvent transféré, notamment sur des questions techniques. Il y a ainsi, par le biais des agences, une véritable participation de personnes privées à la prise de décision administrative dans l'ordre juridique communautaire. Certes, la composition des agences fait une place limitée à ces représentants des milieux professionnels concernés ou à ces spécialistes de la question¹², mais il n'en demeure pas moins que leur développement conduit à s'interroger sur la compatibilité de telles structures avec le principe de transparence prôné au titre de la gouvernance européenne¹³.

Au-delà de cette participation institutionnelle, le droit communautaire a mis en place d'autres instruments permettant une association du public à la prise de décision administrative.

Certaines politiques supposent ainsi une intervention de la société civile : c'est le cas des mesures adoptées en matière de politique sociale, puisque le Traité impose à la Commission, avant de présenter des propositions, de consulter les partenaires sociaux « sur l'orientation possible d'une action communautaire », puis, si elle décide d'aller plus loin, sur le contenu de la proposition envisagée¹⁴.

La Communauté est par ailleurs partie à la convention d'Aarhus, laquelle, on y reviendra, pose pour principe la participation du public au processus décisionnel en matière environnementale. Cela a principalement des effets sur les Etats membres puisque ce sont les autorisations susceptibles d'avoir des incidences environnementales qui sont concernées en premier lieu, mais la convention vise également les plans et programmes relatifs à l'environnement qui, quant à eux, sont susceptibles de relever d'une compétence communautaire. C'est la raison pour laquelle un règlement spécifique a été adopté, précisant les modalités d'application des principes posés par la Convention d'Aarhus aux institutions et organes communautaires¹⁵. Le champ d'application de ce texte est très large puisqu'il vise « toute institution, tout organe, toute agence ou tout office publics créés en vertu ou sur la base

¹² V. notamment, pour un état des lieux, O. Blin, « Les structures des agences de l'Union européenne », *in* « Les agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés », dir. J.-F. Couzinet, PU Toulouse 2002, p.79.

¹³ M. Blanquet, Agences de l'Union et gouvernance européenne, *in* « Les agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés », préc., p.43.

¹⁴ TCE, art. 138.

¹⁵ Règlement n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement

du traité, sauf lorsqu'elle/il agit dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ou législatifs »¹⁶. La participation du public est prévue pendant toute la phase de préparation du plan ou du programme relatif à l'environnement et le règlement impose un délai de huit semaines au moins pour la présentation d'observations. Par ailleurs, la décision finale ne peut être élaborée « qu'en tenant dûment compte du résultat de la participation du public »¹⁷. La formule est vague, la notion de « prise en compte » n'étant dotée d'aucune portée juridique précise : sans doute impose-t-on, à ce stade, une motivation du parti pris choisi par rapport aux observations recueillies lors de la phase de participation.

La participation du public au mécanisme décisionnel communautaire est donc formellement organisée, mais se sont parallèlement développés des modes informels de participation, dont certains sont d'ailleurs si élaborés qu'ils se rapprochent de dispositifs formalisés.

b) La participation informelle

On retiendra l'expression « participation informelle » pour désigner les modes d'association du public à la prise de décision communautaire qui ne sont pas organisés par les Traités. Cela ne signifie pas nécessairement, on va le voir, que la participation se fasse sans transparence : bien au contraire, les institutions, au premier rang desquelles la Commission ont cherché à concilier participation et transparence. Le système juridique communautaire offre, de ce point de vue, l'exemple d'un « système administratif faisant la plus large place aux procédures de transparence et de participation dans le mécanisme décisionnel »¹⁸.

La Commission disposant du pouvoir de proposition, c'est principalement elle qui a développé ces dispositifs d'administration participative. On trouve même sur son site internet une page dédiée à la question, dont l'intitulé – « your voice » - exprime bien qu'il s'agit, pour le citoyen communautaire, de pouvoir faire entendre « sa voix »¹⁹. La Commission y lance des appels à consultation, sur des thèmes très divers, avec des « groupes cibles » principalement appelés à participer²⁰. Les modalités concrètes de la participation sont précisées pour chaque thème, avec indication de la date de clôture. Le même site comporte les résultats de la procédure de participation pour les consultations clôturées, ainsi que les suites que la Commission entend y apporter.

¹⁶ Règlement n° 1367/2006, art. 2.1.c)

¹⁷ Règlement n° 1367/2006, art. 9.5

¹⁸ Dr. Adm. Focus 2006, n°12 ; J.-B. Auby, « Droit administratif et démocratie », Dr. Adm. 2006, étude 3. On rappellera, à cet égard, l'analyse de Jean Rivero : « sans procédure de participation organisée, ceux qui ont la volonté et les moyens de corrompre savent trouver l'occasion de jouer les tentateurs » (« A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », Mél. Savatier, 1965, p. 821).

¹⁹ L'adresse exacte est la suivante : http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_fr.htm

²⁰ Ceux-ci peuvent d'une part être très divers et, d'autre part, être déterminés de manière plus ou moins large. Ainsi, si l'on reprend la liste des consultations récemment organisées par la Commission et sans souci d'exhaustivité, on y trouve des consultations ouvertes au « public », ou à « toutes les personnes concernées », d'autres, de manière plus précise, qui se limitent aux « particuliers et entreprises », certaines aux « Etats membres, ONG et groupes de consommateurs », d'autres enfin aux « Organisations d'entreprises - Pouvoirs publics nationaux/régionaux », voire même, pour un texte spécifique, aux « Associations / chambres du commerce / sociétés, Opérateurs de confiance / plates-formes du commerce électronique, Opérateurs des marchés électroniques ».

A ces consultations *ad hoc* s'ajoutent des procédures plus formalisées, qui prennent la forme de « livres verts »²¹. Le livre vert est une pratique développée par la Commission à la fois pour informer les citoyens intéressés d'un projet de texte et pour recueillir leurs avis et leurs suggestions²². Les évolutions souhaitées sont présentées par la Commission, qui sollicite ainsi, le plus largement possible, une réaction à ses propositions²³. Le livre vert est fréquemment suivi d'un « livre blanc », lequel dresse les enseignements des différents avis exprimés lors de la procédure participative. Cette pratique de la Commission mérite d'autant plus d'être soulignée au titre de cette étude sur le droit administratif global, qu'elle trouve son origine en droit anglais, lequel a développé à partir de la fin des années 60 des « Green papers », dont l'objet est strictement identique à celui des livres verts communautaires. C'est donc par une sorte de mimétisme face à un mécanisme qui fonctionnait bien dans le système juridique anglais, que la Commission a adopté ce mode particulier d'association des administrés à la prise de décision. Comme on le verra, la pratique communautaire a, à son tour, incité certains Etats et notamment la France à mettre en place des dispositifs proches.

Dans ces hypothèses, consultation *ad hoc* ou livres verts, la participation du public au mécanisme décisionnel est réelle : quiconque veut formuler un avis peut le faire, et peut le faire de manière simple et relativement transparente. Il n'en demeure pas moins que les effets concrets de cette participation demeureront limités. D'abord parce que le recours à ces modes de consultation n'est jamais obligatoire puisque l'on ne se trouve pas face à des procédures formalisées. Ensuite parce que, même si la Commission décide d'utiliser cette voie, elle ne sera pas liée par les avis formulés par les administrés. La participation des personnes privées s'apparente alors à une consultation, dont les effets tiennent à la fois à la transparence du mécanisme de production de la norme et à son efficacité, mais ne se propagent à sa substance que si l'institution communautaire le souhaite.

Comme tout pouvoir normatif, les institutions communautaires connaissent également des modes plus officieux d'intervention de personnes privées dans le processus décisionnel. Les groupes de pression jouent, dans le système juridique communautaire, le même rôle que dans tous les systèmes juridiques, à cette importante nuance près que les institutions communautaires ont tenté d'assurer une certaine transparence à leur intervention. Le lobbying n'est pas, à proprement parler, réglementé, mais il est encadré par des règles élaborées par chaque institution. Le Parlement européen est l'institution qui a opté pour la réglementation la plus rigoureuse des groupes de pression puisqu'il impose leur enregistrement obligatoire : les personnes désirant bénéficier d'un laissez-passer pour entrer dans les locaux du Parlement, de manière régulière, afin d'apporter des informations pour leur compte ou celui de tiers doivent être accrédités²⁴. Cela leur impose, notamment, de « déclarer aux députés, à leur personnel ou aux fonctionnaires de l'institution l'intérêt ou les intérêts qu'elles représentent ». La Commission n'avait pas adopté de règles très claires sur la question, mais elle a décidé en 2006 de lancer une consultation publique, par le biais d'un

²¹ V. D. Dero-Bugny, « Le « livre vert de la Commission européenne », RTDE 2005, p. 81.

²² Selon la définition qu'en donne la Commission sur son site internet, les livres verts sont 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 ».

²³ Comme l'explique D. Dero-Bugny, le plus souvent, le livre vert comporte des questions précises, auxquelles la Commission demande aux personnes intéressées de répondre. Ces questions ne sont pas limitatives, mais elles permettent d'obtenir une réaction sur des points délicats ou susceptibles de soulever des difficultés au niveau du Conseil.

²⁴ Article 9-4 du Règlement intérieur du Parlement européen, complété par l'annexe IX, « Groupes d'intérêt auprès du Parlement européen ».

livre vert, sur la manière de réglementer le rôle des lobbies²⁵ : tous les administrés ont ainsi été sollicités pour élaborer des règles destinées à régir la participation des groupes de pression, la transparence étant ici à son paroxysme²⁶. Les objectifs de la Commission étaient de renforcer à la fois le contrôle qu'elle était susceptible de porter sur les lobbies²⁷, et l'auto-régulation de ces derniers. Aucune mesure n'a encore été décidée à ce jour et il sera intéressant de voir ce qui ressortira, concrètement, de cette consultation sur la consultation.

2. La dimension verticale

Le principe de participation, pilier de la nouvelle gouvernance européenne, n'a pas seulement vocation à s'appliquer au sein des institutions communautaires. Il s'agit également de susciter ou d'imposer, dans le chef des Etats, une plus grande participation des administrés à la prise de décision administrative. L'influence du droit communautaire est, de manière classique s'agissant des rapports qu'entretiennent l'ordre juridique communautaire avec ceux des Etats membres, de deux ordres : elles peut être directe, en ce que des textes particuliers imposent une obligation de participation ; elle peut être indirecte, l'Etat membre s'inspirant de procédés développés par les institutions communautaires.

a) L'influence directe : l'obligation de participation imposée par le droit communautaire

La participation du public à la prise de décision est apparue comme une nécessité dans des secteurs pour lesquels il apparaissait à la fois que les administrés avaient une réelle envie de prendre part au débat et que l'applicabilité de la norme serait facilitée par cette participation. C'est donc sans surprise dans le domaine de l'environnement que l'évolution s'est faite le plus rapidement et que la Communauté a su imposer aux Etats membres un certain nombre de contraintes²⁸.

Dès la directive du 27 juin 1985²⁹, le principe de l'évaluation préalable et de l'information du public pour les projets susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement était posé. La participation du public apparaissait au second plan, mais n'en était pas moins présente puisque l'information devait viser à permettre aux intéressés de donner un avis avant la réalisation du projet. La signature, par la Communauté, de la convention d'Aarhus en 1998 et son approbation en 2005³⁰, a ensuite renforcé de manière considérable les obligations en la matière. La convention, qui est entrée en vigueur le 30 octobre 2001, distingue trois types d'obligations pesant sur les signataires : assurer l'accès du

²⁵ Livre vert : Initiative européenne de transparence, 3 mai 2006, COM(2006)194.

²⁶ Même s'il ne faut sans doute pas trop attendre de cet exercice de transparence. V. notamment, F. Mariatte, « La transparence optimiste ou Candide face aux lobbies européens : l'initiative européenne de transparence », Europe 2006, Focus n°28.

²⁷ A l'heure actuelle, la Commission n'a pas mis en place de procédures d'accréditation ou d'inscription des groupes de pression « officiels », il existe seulement une base de données, laquelle est alimentée de manière facultative et volontaire.

²⁸ Pour une étude d'ensemble, v. R. Hostiou, « Le principe de « participation du public » au processus décisionnel en matière d'environnement », Mél. J. Raux, Ed. Apogée, 2006, p. 285.

²⁹ Directive n° 85/337 du 27 juin 1985.

³⁰ Décision du Conseil, 2005/370/CE du 17 février 2005.

public à l'information sur l'environnement détenue par les autorités publiques, favoriser la participation du public à la prise de décisions ayant des incidences sur l'environnement, étendre les conditions d'accès à la justice en matière d'environnement. Information et participation sont donc clairement dissociées, même si elles sont complémentaires : plus précisément, l'information ne suffit plus pour assurer la participation, il faut mettre en place des mécanismes particuliers permettant cette association du public au processus décisionnel.

La convention d'Aarhus a été mise en œuvre, pour ce qui concerne les obligations imposées aux Etats au titre de la participation du public aux procédures environnementales, par une directive en date du 26 mai 2003³¹.

Le droit à la participation imposé aux Etats est plus large que celui qui pèse sur les institutions communautaires, ce qui s'explique par leurs champs de compétences respectives. Ce droit ne joue pas seulement pour l'élaboration des plans et programmes relatifs à l'environnement, mais aussi, voire surtout en pratique, lorsqu'est en cause l'autorisation d'une activité spécifique, potentiellement dangereuse pour l'environnement³². Les Etats sont tenus d'une obligation d'information faite suffisamment tôt pour que le public puisse formuler des observations et des avis avant la prise de décision. Lors de l'adoption des décisions, il doit être tenu compte des observations formulées et les autorités compétentes doivent informer le public des raisons pour lesquelles telle décision a finalement été adoptée. Par ailleurs, et conformément aux dispositions de la convention d'Aarhus, la directive impose que la participation du public soit juridictionnellement protégée : les Etats doivent organiser une voie d'accès au juge pour contester le non respect des règles relatives à la participation. La directive précise d'ailleurs que « ces procédures doivent être régulières, équitables, rapides et d'un coût non prohibitif ». On relèvera que les organisations non gouvernementales qui oeuvrent en faveur de la protection de l'environnement sont réputées avoir intérêt pour agir dans le cadre de ce contentieux.

Les Etats membres sont donc, en matière environnementale, sous une contrainte communautaire pour mettre en place des mécanismes participatifs. C'est toutefois un domaine dans lequel beaucoup avaient déjà agi en ce sens. Le cas français est, à cet égard, intéressant en ce que le principe de la participation du public pour les projets susceptibles d'avoir des incidences environnementales a été posé dès 1983, c'est-à-dire avant la directive de 1985, et qu'il a récemment fait l'objet d'une consécration constitutionnelle. La Charte de l'environnement, rattachée à l'ordre constitutionnel français, dispose en son article 7 que : « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Cette participation prend la forme d'enquêtes publiques, lesquelles font l'objet d'un encadrement textuel très précis, mais n'ont qu'un effet juridique réduit. Les collectivités publiques ne sont jamais tenues de suivre les avis exprimés par les personnes qui ont pris part à la consultation, ni d'ailleurs l'avis de synthèse de la personne, indépendante des pouvoirs publics, chargée de mener l'enquête³³.

³¹ Directive 2003/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 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.

³² La convention d'Aarhus dresse, dans son annexe I, une liste des activités visées, que l'on retrouve à la directive 85/337 modifiée par la directive de 2003.

³³ Il s'agit d'un commissaire-enquêteur, expert indépendant de l'administration. Il recueille les avis exprimés par le public et réalise, à la fin de l'enquête, un rapport dans lequel il doit nécessairement exprimer un avis personnel – favorable ou défavorable – sur le projet.

Les procédures participatives jouent donc un rôle important en matière environnementale, mais si elles contribuent sans conteste à l'information du public et sans doute également à une acceptation plus grande des décisions en la matière, elles ne transfèrent aucun pouvoir décisionnel aux personnes consultées.

b) L'influence indirecte : la participation par mimétisme

Le droit administratif européen est en grande partie fait de ces influences réciproques, circulaires, de l'Union vers les Etats membres et des Etats vers le système juridique communautaire. Cette convergence se retrouve sur la question de la participation du public à la prise de décision administrative.

On a déjà mentionné le cas du livre vert qui est directement inspiré d'une pratique anglaise. De manière générale d'ailleurs, le Royaume-Uni a développé de nombreuses pratiques participatives, si bien que l'on a pu le présenter comme le seul pays européen « qui impose parfois la participation de particuliers, spécialement d'organisations représentatives, sans qu'un texte ne l'ait prévu »³⁴. La participation des personnes privées à la prise de décision administrative existe en réalité dans de nombreux pays, mais elle est, le plus souvent, organisée par des textes spécifiques³⁵.

Il est toutefois possible de favoriser cette participation dans des cas non formellement prévus. Des consultations *ad hoc* peuvent ainsi être organisées, sur le modèle de celles menées par la Commission européenne. C'est ce que l'on rencontre en droit français où la participation des personnes intéressées est parfois sollicitée, avant l'intervention d'un texte, afin de recueillir des avis et de s'assurer de l'adhésion des milieux professionnellement concernés. L'élaboration des textes récents relatifs aux contrats publics - ordonnance de 2004 sur les partenariats public-privé, code des marchés publics de 2006 - a ainsi donné lieu à des consultations publiques³⁶, strictement identiques à celles organisées par la Commission : publication du projet sur le site internet du ministère des finances et appel à réactions de la part des personnes intéressées avec date de clôture de la consultation. On peut penser que cette pratique, qui n'est prévue par aucun texte, devrait tendre à se développer : elle permet en effet, on y reviendra, d'élaborer des textes, de prendre des décisions, qui sont plus facilement admises par les administrés. La problématique n'est pas vraiment, dans ces hypothèses, celle d'une plus grande transparence du processus décisionnel – car, après tout, ces consultations sont conduites de manière informelle, sans aucune garantie pour les administrés -, mais plutôt celle de l'efficacité dans la mise en œuvre de la décision.

³⁴ M. Fromont, « Droit administratif des Etats européens », Thémis, PUF 2006, p. 288. M. Fromont cite un arrêt dans lequel la Chambre des Lords a jugé qu'une ville ne pouvait pas modifier le nombre de taxis sans entendre au préalable l'organisation représentative des chauffeurs de taxis (R. v. Liverpool Cpn ex p. Liverpool Taxi Fleet Operator's Association, 1972, 2 QB 299).

³⁵ V. là encore, les exemples cités par M. Fromont dans son ouvrage précité. Le cas de l'Espagne est particulièrement intéressant puisqu'une loi de 1997 impose, avant l'édiction de règlements gouvernementaux, la consultation des citoyens dont les droits et les intérêts légitimes seront affectés par les dispositions en préparation.

³⁶ A l'heure actuelle, des consultations sont d'ailleurs ouvertes sur les différents CCAG qui vont être modifiés, v. le site internet du ministère des finances :

http://www.finances.gouv.fr/directions_services/daj/marches_publics/ccag/acces_ccag.htm.

B. La participation publique au sein de l'OMC et de l'OCDE : entre minimalisme et maximalisme

La mise en parallèle de la façon dont l'OMC et l'OCDE conçoivent la participation des personnes privées à la prise de règles (dont la fonction est administrative) est éclairante à deux titres. En premier lieu, un contraste apparaît à l'analyse des deux institutions puisque là où l'OMC résiste à toute ouverture de son mode de production normatif aux acteurs privés, l'OCDE semble trouver dans cette ouverture une vertu rédemptrice réparant les dégâts causés par la fameuse « crise de l'AMI »³⁷. En second lieu, l'impression de contraste se prolonge dans les dimensions différemment envisagées de la participation publique. L'OCDE privilégie la dimension horizontale (2) là où l'OMC inscrit davantage la participation publique dans une dimension verticale (1). Naturellement, le fait que la dimension verticale soit privilégiée par l'OMC s'explique par l'intermédiation du niveau national rendue nécessaire par l'application d'un droit à vocation globale non seulement privé de toute instance exécutive (si ce n'est celle de l'ORD) mais également de toute dimension dérivée.

1. Le minimalisme de l'OMC

Que l'absence d'une dimension horizontale de la participation publique s'explique par la dimension stato-centrique du droit de l'OMC est une chose (a) que la dimension verticale, préférée à la dimension horizontale, soit envisagée avec minimalisme en est une autre et tient, semble-t-il, à une transposition limitée du modèle américain de l'*interest representation* dans le droit administratif véhiculé par l'OMC (b).

a. L'absence de participation horizontale

D'après l'article V:2 de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC, « *le Conseil général pourra conclure des arrangements appropriés aux fins de consultation et de coopération avec les organisations non gouvernementales s'occupant de questions en rapport avec celles dont l'OMC traite* ». Cette disposition apparaît extrêmement permissive et très comparable avec celle de l'article 71 de la Charte des Nations Unies qui a permis de conférer à plus de 2000 ONG un statut consultatif³⁸. Pour l'heure, et sur la base de cette disposition habilitative, le Conseil Général n'a cependant adopté qu'une seule décision, les « *Lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales* » du 23 juillet 1976. Celles-ci sont extrêmement claires, particulièrement dans leur sixième paragraphe qu'il convient de citer intégralement ici :

³⁷ On rappellera brièvement l'irruption de la société civile internationale dans la négociation secrète de l'Accord multilatéral sur les investissements négociés à l'OCDE qui n'est pas étrangère à son infortune. L'échec de l'AMI n'est cependant pas exclusivement dû à l'opposition de la société civile internationale qui y voyait une carte blanche donnée aux entreprises multinationales. L'affrontement entre les positions des Etats membres de l'OCDE explique aussi en grande partie l'échec de l'AMI. Voir sur ce point P. JUILLARD, « L'accord multilatéral sur les investissements : un accord de troisième type ? » in *Un accord multilatéral sur les investissements : d'un forum à l'autre*, Journée d'études de la Société Française de Droit International, 1999, pp. 47-49.

³⁸ Rappelons les termes de l'article 71 de la Charte des Nations Unies selon lequel « *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* ». Voir sur ce point S. CHARNOVITZ, « WTO cosmopolitanism », *New York University Journal of International Law and Politics*, Winter 2002, p. 32 et J. JACKSON, « The WTO constitution and the proposed reforms : seven mantras revisited », *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 77.

« Les membres ont insisté sur le caractère particulier de l'OMC, qui est à la fois un traité intergouvernemental juridiquement contraignant qui établit des droits et des obligations entre ses Membres et une enceinte pour des négociations. Après 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 ni à ses réunions. La consultation et la coopération avec les ONG peuvent aussi être renforcées de façon constructive par des processus appropriés au niveau national, où réside la responsabilité première de tenir compte des différents éléments d'intérêt public qui influent sur l'élaboration de la politique commerciale ».

Nul besoin de gloser ici : le droit de l'OMC est prisonnier d'une conception statocentrique qui, à bien des égards, semble contrariée par la destination des règles imposées par l'OMC³⁹. Il est en effet pleinement reconnu, y compris par l'ORD, que les règles de l'OMC concernent les opérateurs économiques - ce qui justifierait la participation des BINGOs (*Business Non Governmental Organizations*) dans le processus normatif – ainsi que certains biens publics – ce qui justifierait cette fois la participation de certaines ONGs. La révision des Lignes directrices n'est cependant pas à l'ordre du jour et la conception statocentrique de la « *rule making* » défendue par les Etats membres reste intacte⁴⁰. Sur le plan constitutionnel, rien cependant dans la charte constitutive de l'OMC n'empêche d'associer les personnes privées à la négociation des règles. S'il y a donc obstacle au dépassement du statocentrisme il réside uniquement dans le chef des Etats membres.

Les personnes privées peuvent ainsi être consultées de manière informelle soit par le Secrétariat, soit par des comités spécifiques de l'OMC. Concernant le secrétariat, les lignes directrices l'encouragent à « *jouer un rôle plus actif dans ses contacts directs avec les ONG qui, parce qu'elles sont un élément de valeur, peuvent contribuer à rendre le débat plus exact et plus riche* »⁴¹. Cette invitation a été entendue par le Secrétariat qui, outre les divers *symposia* organisés avec les ONGs⁴², a créé à plusieurs reprises un comité consultatif composé d'experts universitaires et de représentants d'ONGs. L'un des comités créés par le Secrétariat fut même investi de la tâche de réfléchir aux moyens d'approfondir les relations entre l'OMC et la société civile internationale⁴³. Bien qu'il s'en acquitta, ses efforts ne furent suivis d'aucun effet⁴⁴. Les relations développées par l'actuel Secrétariat et les ONG sembleraient

³⁹ « *It would be entirely wrong to consider that the position of individuals is of no relevance to the GATT/WTO legal matrix. Many of the benefits to members which are meant to flow as a result of the acceptance of the various disciplines under the GATT/WTO depend on the activity of individual economic operators in the national and the global market places* » and thus “*the multilateral trading system is, per force, composed not only of the States but also, indeed mostly, of individual economic operators*”, Rapport du Groupe spécial, 22 décembre 1999, WT/DS/152/R, §7.72 et 7.76.

⁴⁰ Entretien avec Bernard Kuiten responsable à l'OMC des relations avec la société civile.

⁴¹ Paragraphe 4 des lignes directrices pour les arrangements concernant les relations avec les organisations non gouvernementales, WT/L/162, 23 juillet 1996.

⁴² Le premier symposium organisé avec les ONG eut lieu en 1998, il portait sur les facilitations commerciales. Le second sur les relations entre le commerce, l'environnement et le développement durable. Sur ce point, voir Kein R. GRAY, « *How the symposia actually impact negotiated outcomes is undetermined* », in *Civil society and the World Trade Organization*, on www.worldtradelaw.net/articles/graycivilsociety.pdf.

⁴³ Il s'agissait du Comité créé par Michael Moore et composé de professeurs d'économie et de droit (Robert Baldwin, Jadish Bhagwati, Patrick Messerlin, Victor Halberstadt, Koichi Hamada, Konrad Wvon Motke, Sylvia Ostry, Ademola Oyejide, Manmohan Sinfgh) de président d'ONGs (Peter Eigen de Transparency international, Leroy Trotman, ancien Président de l'« International Confederation of Free Trade Unions and General Secretary of the Barbados Workers' Union »).

⁴⁴ L'OMC a refusé de transmettre aux auteurs ledit rapport qui reste, donc, confidentiel. L'anecdote est éloquent pour un rapport qui se veut proposer des pistes d'ouverture envers la société civile...

attester d'une volonté de changement. Ainsi, lors du forum organisé en 2006 avec les ONG sur la réforme de l'OMC, la réforme du processus normatif de l'OMC fut-elle évoquée sous forme d'interrogation : « *Decision making in the WTO : medieval or up-to-date ?* »⁴⁵. Le forum a cependant eu beau poser des questions, aucune réponse institutionnelle valable n'y fut apportée.

L'OMC se contente donc d'accréditer certaines ONGs, de plus en plus nombreuses, pour assister (et non participer) aux conférences ministérielles de l'OMC et participer à un forum annuel. Aucun pouvoir de proposition ne leur ait reconnu, ni même la capacité d'adresser une déclaration officielle à la Conférence ministérielle. Le caractère sommaire de l'accréditation est ensuite à la mesure de la faible importance qui leur est accordée dans le processus normatif. Trois critères sont observés. L'ONG doit tout d'abord être distincte des organisations internationales créés par un accord international. Elle doit ensuite être capable de démontrer son expertise ou son intérêt dans l'un des domaines concernés par l'OMC et, enfin, démontrer qu'elle ne sert pas les intérêts d'un gouvernement en exprimant des positions indépendantes. En réalité, les récentes conférences ministérielles ont révélé que les ONGs accréditées pouvaient faire front avec certains Etats en développement⁴⁶.

L'absence de toute participation des ONGs au processus normatif de l'OMC, essentiellement du à la résistance des Etats membres, ne saurait occulter la participation des acteurs privés à la mise en œuvre « administrative » des règles de l'OMC. Dans la perspective tracée par l'école du droit administratif global, c'est d'ailleurs sur cet aspect que l'analyse doit se focaliser. Les règles négociées au sein des conférences ministérielles apparaissent en effet davantage dotées d'une fonction « législative » classique, celle du *treaty-making*, que d'une fonction administrative. Or, le système commercial multilatéral présente la particularité d'investir ses Etats membres de la tâche d'assurer l'application administrative de ses règles tout en leur imposant un certain nombre de contraintes procédurales. Il convient donc maintenant d'analyser si parmi ces contraintes, figure celle de la participation des personnes privées à l'exécution administrative des règles législatives posées par l'OMC.

b. La dimension verticale de participation des personnes privées au droit de l'OMC

La dimension verticale de la participation des personnes privées au droit de l'OMC résulte de certaines règles posées par les accords de l'OMC relatives à l'administration nationale des disciplines de l'OMC. Celles-ci ne sont cependant pas nombreuses à imposer la participation des personnes privées.

Les quelques dispositions des accords de l'OMC relatives à l'administration nationale des règles de l'OMC héritent en grande partie de la logique qui présida à la création de l'Organisation Internationale du Commerce. La logique de l'article 38 de la Charte de la

⁴⁵ Voyons les questions qui guidèrent la discussion au sein du forum :

- How does the system work? What are the effects of existing decision-making rules such as consensus-searching and the single package approach?
- How does "decision-making" perform in lights of concepts such as participation, transparency, accountability and legitimacy?
- Can the WTO face current and upcoming challenges with the existing decision-making apparatus?
- What should be (and what could be) changed (if at all)?

⁴⁶ La preuve en est apportée par les remerciements adressés par le représentant du Brésil, Celso Amorin, qui présidait la coalition du G21 aux ONGs qui soutenaient les positions du groupe.

Havane (fondatrice de l'Organisation mondiale du commerce) continue en effet de marquer celle de l'OMC. Rappelons les termes de cet article 38. Ceux-ci exigeaient que « *chaque Etat membre établira d'une manière uniforme, impartiale et équitable tous les règlements, lois, décisions judiciaires et administratives qui sont visées au paragraphe premier. Il accordera aux commerçants directement intéressés les facilités voulues pour obtenir des autorités gouvernementales compétentes les informations nécessaires* ». On notera que si les personnes privées sont ici visées, elles ne se voient pas accorder le droit de participer à l'adoption des règlements ou décisions administratifs les concernant. La logique américaine de l'*Administrative Procedure Act de 1946* qui, comme on le sait, est toujours à la base du droit administratif américain, ne s'est donc pas imposée lors de l'institutionnalisation de l'OIC. Aucune procédure de *notice-and-comments* ne fut envisagée par la charte, seulement une obligation d'information des personnes privées. L'article X du GATT, l'équivalent de l'article 38 de la Charte de la Havane, également repris par le GATT de 1994 intégré aux accords de Marrakech, reprend la substance de cet article 38. Ainsi, l'article X :3b) du GATT 94 exige que les Etats membres instituent ou maintiennent des procédures judiciaires, administratives ou arbitrales indépendantes qui permettent de demander la révision ou la rectification des décisions administratives qui se rapportent aux questions douanières. En particulier, les tribunaux ou arbitres chargés de ces dossiers doivent être indépendants des autorités douanières et permettre de réviser de manière impartiale et objective les décisions administratives. On voit par là que l'OMC, tout comme le GATT et l'OIC, a préféré la voie du « *judicial review* » à celle de la participation publique en amont de la prise de décision. L'*interest representation model* n'est donc pas intégré.

On notera par ailleurs quelques bribes de l'*interest representation model* dans l'encadrement des procédures nationales d'enquête conduisant à l'imposition de mesures de défense commerciale. Comme on le sait, les accords SMC et antidumping contiennent des règles précises relatives à chacune des phases des enquêtes nationales pouvant conduire à l'imposition de droits compensateurs ou de droits anti-dumping. Ces règles imposent de réelles contraintes procédurales aux procédures administratives nationales afin de respecter les principes de transparence, de loyauté et de non-discrimination. Parmi ces contraintes, les accords SMC et antidumping imposent aux autorités nationales de permettre aux utilisateurs industriels des produits visés par l'enquête ainsi qu'aux associations de consommateurs de faire valoir leurs vues et de présenter, le cas échéant, des éléments de fait pertinents pour l'enquête⁴⁷. Cette obligation doit ainsi permettre aux autorités nationales d'enquête d'examiner les implications plus larges résultant de l'enquête et de la bataille commerciale que se livrent les industries plaignantes et les producteurs-exportateurs⁴⁸. Toutefois, seul l'accord SMC contient une disposition exigeant des autorités nationales qu'elles tiennent véritablement compte des soumissions des utilisateurs ou des consommateurs des produits⁴⁹. L'Accord précise ensuite que les parties nationales intéressées englobent les consommateurs et les utilisateurs industriels du produit importé faisant l'objet de l'enquête⁵⁰. La participation des personnes privées envisagée par ces deux accords s'inscrit donc dans une perspective essentiellement commerciale : il s'agit, en effet, de prendre en considération les intérêts commerciaux liés à l'achat des produits et non des considérations plus générales. En reprenant

⁴⁷ Article 12 :10 de l'Accord SMC et article 6 :12 de l'Accord antidumping

⁴⁸ D. LUFF, *Le droit de l'Organisation Mondiale du Commerce, analyse critique*, Editions Bruylant, Bruxelles, Editions LGDJ, Paris, collection de la faculté de droit Université Libre de Bruxelles, 2004, p. 430.

⁴⁹ Ainsi, l'article 19 :2 énonce qu'« *il est souhaitable que soient établies des procédures qui permettent aux autorités concernées de tenir dûment compte des représentations faites par les parties nationales intéressées dont les intérêts pourraient être lésés par l'imposition d'un droit compensateur* ».

⁵⁰ Voir note de bas de page 50 de l'Accord SMC.

la distinction en droit administratif américain entre participation et consultation, il convient donc de parler ici de procédures de consultation⁵¹. En prévoyant une participation plus large, l'accord sur les sauvegardes se singularise des deux autres mesures de défense commerciale en prévoyant, à l'article 3 :1, que les arguments des parties intéressées peuvent porter, entre autres, sur la question de savoir si les mesures envisagées seraient dans l'intérêt du public. Cette fois-ci, la procédure semble davantage rejoindre la participation que la consultation.

Hormis le cas des mesures de défense commerciale, on ne trouve pas de dispositions par lesquelles l'OMC impose la participation des personnes privées à la prise des décisions administratives nationales nécessaires à l'application de ses disciplines. Les dispositions de l'Accord général sur le commerce des services ou même celle de l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle, concernant au premier chef les opérateurs privés, encadrent les procédures nationales uniquement en imposant la mise en place de recours juridictionnels effectifs au profit des opérateurs, privilégiant ainsi la logique du « *judicial review* »⁵². Si les personnes privées sont prises en compte ce n'est qu'au titre de défendeurs devant être informé en temps utile des mesures qui pourraient être prises contre elles.

Au vu du droit de l'OMC, la dimension verticale de la participation des personnes privées à la prise de décision administrative s'avère donc extrêmement réduite. Il convient cependant de continuer l'analyse en prenant en considération la jurisprudence de l'Organe de règlement des différends. Celle-ci pourrait en effet, par interprétation des dispositions de l'OMC, conduire à dépasser ce minimalisme de la participation des personnes privées. Plus précisément, l'article X :3 du GATT 1994 dans son alinéa a) apparaît suffisamment large pour permettre une interprétation facilitant la participation des personnes privées aux procédures administratives nationales conduisant à l'imposition de décisions particulières. C'est en tout cas sur la base de cet article que l'Organe d'appel dans l'affaire abondamment commentée des crevettes a pu établir le caractère discriminatoire d'une mesure administrative nationale (dans cette espèce, une décision de refus d'accorder une certification). Selon l'Organe d'appel, « *l'article X :3 du GATT de 1994 établit certains critères minimaux concernant la transparence et l'équité au plan de la procédure dans l'administration des règlements commerciaux* »⁵³. Or, le respect de ces critères minimaux peut impliquer, comme l'a considéré l'Organe d'appel, « *la possibilité formelle d'être entendu [et] de répondre aux arguments qui peuvent être opposés [à une demande de certification] avant que la décision d'accorder ou de refuser la certification soit prise* ». On notera cependant ici que si cette affaire présente indubitablement un grand intérêt dans la perspective du Droit administratif

⁵¹ Précisons encore que ces procédures consultatives instituées par l'OMC en matière de subventions et de droits compensateurs ne se distinguent pas de celles qui furent instituées par son prédécesseur dans le cadre du *Tokyo Round*. L'accord sur le dumping résultant du *Tokyo Round* prévoyait que « *chaque signataire fera en sorte que ses autorités chargées des enquêtes ménagent à tous les signataires intéressés et à toutes les parties intéressées une possibilité raisonnable de prendre connaissance, à leur demande, de tous les renseignements pertinents qui ne seraient pas confidentiels et que lesdites autorités utilisent dans l'enquête, et une possibilité raisonnable de présenter par écrit et, sur justification, oralement leurs vues aux autorités chargées de l'enquête* », voir Article 2 :5 de l'Accord relatif à l'interprétation et à l'application des articles VI, XVI et XXIII de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

⁵² Ainsi, dans le cadre de l'AGCS, la bonne administration des réglementations intérieures relatives au service passe-t-elle par l'existence de recours juridictionnels effectifs du fournisseur de services affecté par une mesure préjudiciable auprès de tribunaux administratifs, judiciaires ou d'arbitrage, voir l'article VI :2 du GATS. De même, l'ADPIC privilégie l'encadrement des procédures juridictionnelles nationales plutôt que celui des procédures administratives nationales conduisant à l'imposition de mesures.

⁵³ Rapport de l'Organe d'appel, *WT/DS587/AB7/RW*, 22 octobre 2001, §183.

global⁵⁴, elle ne permet pas de valider l'hypothèse selon laquelle l'article X :3 a) du GATT de 1994 impose formellement le droit des personnes privées de participer aux procédures administratives nationales (avant la prise de décision administrative). Ce que l'Organe d'appel reprocha, en effet, dans cette affaire concernait uniquement l'absence de participation des Etats dans la procédure nationale mais aucunement celle des personnes privées concernées par la décision ...

En définitive, au vu des textes et de la jurisprudence de l'OMC, la participation des personnes privées au processus décisionnel est loin d'apparaître comme un droit consacré. L'OMC, en tant qu'acteur décisif du droit administratif global, ne participera donc que peu à la généralisation de la participation des personnes privées au processus décisionnel administratif global. Il en va en revanche différemment de l'OCDE.

2. Le maximalisme de l'OCDE

Si lors de sa création, l'OCDE est apparue totalement étrangère aux principes portés par le droit administratif global⁵⁵, elle affiche aujourd'hui sa position de leader parmi les organisations internationales responsables⁵⁶. En particulier, l'OCDE n'a pas manqué de faire figurer sur son site le titre de « *top performer* » que lui a décerné l'ONG britannique *One World Trust* en matière de participation des personnes privées à son processus décisionnel. La dimension horizontale de la participation des personnes privées mérite, il est vrai, d'être analysée en ce qu'elle s'avère particulièrement développée dans le paysage des organisations internationales (a). Cette dimension ne doit par ailleurs pas occulter la dimension verticale de la participation des personnes privées que l'OCDE développe de manière plus récente en direction des procédures administratives nationales (b).

a. La dimension horizontale

Historiquement, l'association des personnes privées au processus décisionnel de l'OCDE a commencé avec l'institutionnalisation de relations avec deux ONGs spécifiquement dédiées à la tâche de représenter les milieux d'affaires et les syndicats de travailleurs des pays membres de l'OCDE, le BIAC⁵⁷ et le TUAC⁵⁸. Ces deux organisations non gouvernementales

⁵⁴ V. B. KINGSBURY, N. KIRSCH, R. B. STEWART, "The emergence of global administrative law", *op. cit.*, pp. 37-38 et G. DELLA CANNANEA, "Beyond the State : the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law", *op. cit.*, pp. 573-574.

⁵⁵ De même, James SALZMAN ouvre son étude sur le constat selon lequel "traditionnaly, OECD has expressly avoided the hallmarks of administrative law : transparency, responsiveness and public accountability", voir J. SALZMAN, *Decentralized administrative law in the Organization for Economic Cooperation and Development* », *Law and Contemporary Problems*, 2005, n°68, p. 189. Salzman explique, avec raison, pourquoi l'OCDE n'a pas accueilli les principes portés par le droit administratif global : « *This was not surprising since the OECD was initially created to administer economic aid and to promote capitalism, not to promulgate standards or engage non state actors* ».

⁵⁶ Ainsi, les résultats de l'étude menée par l'ONG britannique *One World Trust* sur les Organisations internationales sont-ils mis en avant sur le site de l'OCDE.

⁵⁷ Le BIAC (Business Industrial and Commercial Advisory Committee ou Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE) a été créé en mars 1962 au moment de l'institutionnalisation de l'OCDE. Il s'agit d'un organisme indépendant reconnu par l'OCDE comme le représentant officiel des milieux d'affaires de ses pays membres. Il regroupe les principales fédérations de l'industrie et des employeurs des 30 pays membres de l'OCDE, représentant plus de 8 millions d'entreprises.

⁵⁸ Le TUAC (Trade Union Advisory Committee ou Commission syndicale consultative auprès de l'OCDE) voit ses origines remonter à 1948 avec la création de d'un comité syndical consultatif dans le cadre du Plan Marshall. Lors de l'institutionnalisation de l'OCDE en 1962, ce comité s'est transformé en TUAC. Il regroupe 56 centrales syndicales affiliées dans les 30 pays de l'OCDE, représentant environ 60 millions de travailleurs.

servent d'interface entre les syndicats nationaux avec qui elles établissent leurs positions en fonction de l'agenda de l'OCDE. Il en résulte un double mouvement : ascendant, d'une part, pour ce qui concerne les positions nationales qui peuvent, grâce au BIAC et au TUAC, faire remonter des informations et des propositions vers l'OCDE et descendant, d'autre part, pour ce qui concerne les affiliés nationaux qui sont ainsi informés des règles et disciplines qui se discutent à l'OCDE.

Chaque année, le BIAC et le TUAC préparent la conférence ministérielle de l'OCDE et produisent une déclaration à l'intention de la conférence. La déclaration énumère les positions, critiques, propositions que les affiliés nationaux ont défini ensemble au sein du BIAC et du TUAC. Cette déclaration, comme son appellation l'indique, n'a pas de valeur juridique obligatoire. Pour autant, elle a le mérite d'être reconnue comme une déclaration officielle, émanant d'organisations représentatives ce qui est loin d'être le cas, comme nous l'avons vu, au sein de l'OMC. Surtout, le TUAC et le BIAC peuvent participer sur une base *ad hoc* aux différents groupes de travail établis par les directions de l'OCDE. Ainsi, le TUAC a-t-il participé de manière très active au groupe de direction de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise en vue de l'adoption et de la révision des principes⁵⁹.

Outre l'institutionnalisation des relations entre l'OCDE et les personnes privées par le biais du BIAC et du TUAC, l'OCDE a commencé à élargir le champ de la consultation en associant d'autres organisations non gouvernementales. Depuis l'année 2000, un forum est organisé annuellement par l'OCDE, en marge de la Conférence ministérielle. Celui-ci fait songer à bien des égards à celui qui est organisé par l'OMC. Il se présente en effet davantage comme un forum de discussion qu'une conférence décisionnelle. L'OCDE se singularise cependant de l'OMC par la consultation publique des ONGs dans le processus d'adoption ou de révision de ses instruments⁶⁰.

Concernant l'adoption d'instruments, on doit mentionner tout particulièrement celle du Cadre d'action pour l'investissement en mai 2006. La négociation de cet instrument a fait l'objet d'une double consultation. Tout d'abord, toutes les conférences de préparation de cet instrument ont associé à part égale les Etats membres de l'OCDE, les Etats non membres mais surtout les ONGs et les entreprises. Parmi les ONGs, participaient naturellement le BIAC et le TUAC mais aussi un réseau d'ONGs dénommé *OECD watch*⁶¹. La participation des ONGs ne fut pas décorative mais donna lieu à de véritables discussions sur la teneur de l'instrument. Ensuite, une consultation publique en ligne a été organisée une fois que le projet d'instrument était finalisé de façon à recueillir les commentaires de la société civile. Ces commentaires

⁵⁹ Entretien avec Rainer Geiger de l'OCDE.

⁶⁰ Concernant la révision des instruments, il convient de mentionner celle des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales qui a associé, outre le BIAC et le TUAC, d'autres ONGs comme l'ANPED, Friends of the Earth ou Oxfam.

⁶¹ *OECD watch* s'est originellement créée pour faciliter les activités des ONGs en ce qui concerne les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Ce réseau a été fondé lors d'une réunion à Amersfoort en Hollande le 20-22 mars 2003. Les participants à ce réseau ont convenu qu'il devait être créé afin d'améliorer la coopération entre le fonctionnement mondial d'ONGs concernant responsabilité collective et responsabilité sociale des entreprises, d'employer les Principes directeurs de l'OCDE comme base pour cette coopération entre ONGs, et de tester si les Principes directeurs volontaires de l'OCDE pour des entreprises sont un instrument efficace pour améliorer le comportement collectif dans le monde, de surveiller les activités et les politiques de l'OCDE par rapport aux entreprises multinationales et à l'investissement, d'informer la communauté plus large des ONGs au sujet du travail du Comité de l'investissement de l'OCDE, d'assurer que les membres participent à toutes les réunions ad hoc et font un rapport au réseau. La participation active à de telles réunions par les ONGs du Sud devrait être encouragée quand les fonds le permettent, voir www.oecdwatch.org

n'ont pas véritablement influencé l'instrument finalement adopté, non pas parce qu'ils ne furent pas analysés et synthétisés mais parce qu'ils ne furent guère abondants. On remarquera que la méthode participative de négociation de cet instrument sur les investissements se situe aux antipodes de celle qui caractérisa la négociation de l'Accord Multilatéral sur les investissements. La mise en ligne du projet d'instrument par l'OCDE elle-même et destinée à recueillir les commentaires de la société civile dissonne en effet de celle du projet d'Accord multilatéral sur les investissements par l'ONG *Public Citizen*⁶². Une autre différence radicale sépare les deux instruments relatifs aux investissements, l'un devait avoir une portée obligatoire, l'autre n'a qu'une simple portée recommandatoire et est destinée à jouer une fonction de « *benchmarking* » des politiques nationales relatives à l'investissement. Cette différence formelle appelle une remarque importante. La consultation de la société civile n'est aucunement conditionnée par l'absence de valeur obligatoire de l'instrument dont le contenu est négocié. Et si à ce jour, le recours aux consultations en ligne n'a eu lieu que pour l'adoption et/ou la révision d'instruments non contraignants⁶³ c'est davantage parce que l'OCDE a opté pour un recours massif à la *soft law*, surtout en matière de régulation du comportement des entreprises. Ainsi, il est important de comprendre que même si l'instrument en cours de négociation devait avoir une valeur obligatoire (soit une décision de l'OCDE soit une convention négociée sous ses auspices), rien n'empêche constitutionnellement l'organisation de consulter les personnes privées⁶⁴. La charte constitutive de l'OCDE n'interdit pas, pas plus qu'elle n'autorise d'ailleurs, aux directions de l'OCDE de consulter les personnes privées, y compris au sujet d'une décision ou d'une convention négociée sous les auspices de l'OCDE. En revanche, les personnes privées ne pourront pas procéder au vote du texte car la charte ne prévoit un tel vote qu'en direction des Etats.

A priori, le recours aux consultations en ligne et, en creux le choix de procéder à l'adoption d'instruments non juridiquement obligatoires, semble promis à un bel avenir. En témoignent les recommandations récemment adoptées et régissant la procédure de consultation en ligne. On ne peut cependant inférer de ce texte une généralisation de la pratique de ces consultations dans toutes les directions de l'OCDE. Le droit administratif de l'OCDE est, en effet, largement décentralisé au profit des différentes directions de l'Organisation⁶⁵ et la consultation en ligne reste une méthode de travail optionnelle, souvent guidée par le caractère spectaculaire sinon controversé de la matière soumise à régulation. Par ailleurs, lorsque la méthode de consultation en ligne est adoptée, le résultat de la consultation n'est nullement contraignant. Selon la sixième recommandation sur les consultations en ligne, la direction qui procède à la consultation est simplement tenue de « *tout mettre en œuvre pour que la discussion prenne en considération l'opinion du public* ». On voit là qu'il n'y a qu'une simple recommandation (et non obligation) de comportement. Pour autant, la simple faculté de tenir compte des résultats de la consultation en ligne se voit contre-balançée par l'autre recommandation formulée par l'OCDE, à savoir qu'« *il importe de présenter le produit final dans le cadre du débat, et, si, possible, d'expliquer l'impact éventuel que l'opinion publique a*

⁶² On se souvient en effet que la mise en ligne de l'AMI avait rendu les modifications du projet par les Etats parties à l'accord superfétatoires dans la mesure où les opinions publiques nationales s'étaient déjà fait un avis quant au caractère inacceptable de l'accord.

⁶³ Ce fut le cas du Cadre d'action pour l'investissement, ce fut encore le cas des principes directeurs sur le gouvernement d'entreprise, c'est encore le cas actuellement des consultations menées sur les lignes directrices relatives aux tests génétiques.

⁶⁴ La possibilité constitutionnelle pour l'OCDE d'associer les personnes privées à la négociation d'une convention a été très clairement saisie lors de la négociation de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption et le rôle joué par l'ONG Transparency International.

⁶⁵ Voir sur ce point l'article précité très éclairant de James SALZMAN.

pu avoir sur la discussion ». A ce jour, il semble que la mise en œuvre de cette recommandation ait été suivie d'effets puisque les directions recourant aux consultations en ligne s'efforcent de produire un document dans lequel les commentaires reçus sont synthétisés. Grace à cette synthèse, il devient plus facile de déterminer en quoi les remarques du public ont influencé le contenu final des instruments finalement adoptés. En cela, et pour reprendre les termes mêmes de l'OCDE au sujet de la consultation publique qu'elle l'encourage au niveau national (la dimension verticale), l'OCDE semble avoir pris la mesure de la nécessité pour les personnes privées consultées de pouvoir au moins vérifier que leur consultation a produit des effets, sinon constater qu'elle n'est pas restée sans suite⁶⁶.

Voyons maintenant comment l'OCDE tente d'influencer les administrations nationales de façon à ce qu'elles développent des procédures participatives intégrant les parties prenantes à leur décision.

2. La dimension verticale

La « doctrine » de l'OCDE sur l'opportunité de la consultation publique au niveau national ne présente guère d'ambiguïtés. Selon la Direction de la gouvernance publique et du développement territorial (la GOV) regroupant le Comité de la gestion publique de l'OCDE (le PUMA) et le Comité des politiques de développement territorial (le TDPC), la consultation publique est un élément central de la bonne gouvernance. Notons par ailleurs le paradoxe nourri par les méthodes de travail de cette Direction. Prônant la participation des personnes privées à la prise de décision administrative nationale, cette direction ne semble guère s'appliquer cette exigence pour ce qui concerne l'adoption de ses propres instruments. Il y a là un hiatus remarquable qui n'est d'ailleurs pas singulier, l'OMC exigeant la transparence des administrations nationales là où elle la bafoue avec évidence par la pratique de ce qu'il est convenu d'appeler les *greens rooms*⁶⁷.

Reprenons par ailleurs les termes d'une note de synthèse rédigée par le Comité de la gestion publique en 2001 sur l'information, la consultation et la participation du public dans le processus de prise de décision :

« Investir dans une politique de renforcement des relations entre les administrations et les citoyens permet d'améliorer la qualité de la prise de décision. C'est un élément central de la bonne gouvernance. Il permet de capter de nouveaux courants d'idées pertinents et des informations utiles tant pour la prise de décision que pour la mise en œuvre des politiques publiques. Il contribue également au renforcement du sens civique et de la

⁶⁶ Selon l'OCDE, elle-même, « *des mesures mal conçues ou inappropriées pour promouvoir l'information, la consultation et la participation active du public dans le processus de décision, peuvent nuire aux relations entre les administrations et les citoyens. Alors que le but de telles mesures doit être d'améliorer la qualité, la crédibilité et la légitimité des décisions des pouvoirs publics, c'est l'effet contraire qui risque d'être obtenu si les citoyens découvrent que leurs efforts pour demeurer informés, donner leur avis et participer activement au processus politique sont négligés, n'ont aucun effet sur les décisions ou demeurent sans suite* », voir Note de synthèse de l'OCDE sur la gestion publique, in www.oecd.org/dataoecd/24/15/2384248.pdf.

⁶⁷ Comme l'explique très bien Steve Charnovitz, « there is often criticism of « green room » practice in the WTO wherein the officials leading a negotiation will invite selected governments into a room to hammer out a deal that is later presented to the entire membership as a fait accompli », S. CHARNOVITZ, « The Emergence of Democratic Participation in Global Governance (Paris 1919) », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2002, vol 10, p. 49.

confiance dans l'administration ainsi qu'à l'amélioration de la démocratie »⁶⁸.

La doctrine de l'OCDE est donc très claire quant à la dimension verticale de la consultation publique. Le PUMA a par ailleurs adopté dix principes directeurs permettant d'encadrer les procédures nationales de consultation. Ceux-ci restent cependant dépourvus de force obligatoire et aucun mécanisme de suivi ne vient en renforcer l'effectivité. Il semble donc difficile de considérer qu'à travers cet instrument, l'OCDE ait pu (encore ?) influencer la fonction administrative nationale.

En revanche, on peut repérer dans ce texte deux justifications à la participation publique : la qualité de la décision d'une part et la démocratie d'autre part.

II. Finalités de la consultation publique

Si le droit administratif global apparaît comme un concept résultant de l'étude du droit positif, il apparaît aussi comme un concept prescriptif auquel les auteurs assignent un certain nombre de fonctions. Parmi ces fonctions, on peut distinguer celle de la démocratisation.

L'idée selon laquelle la participation des personnes privées participerait de la démocratisation des systèmes juridiques concernés mérite d'être discutée. Il n'est pas certain, en effet, que le thème de la « démocratie participative », ou plutôt la manière dont celle-ci fonctionne dans le système administratif de l'Union Européenne, de l'OCDE et de l'OMC, contribue réellement à pallier ce qu'il est convenu d'appeler le « déficit démocratique » de ces structures (A). C'est sans doute plus dans l'idée qu'un tel processus permettra d'aboutir à une décision administrative plus juste et/ou plus efficace qu'il faut rechercher la raison pour laquelle ces procédures participatives ont été mises en place (B).

A. Participation et démocratie

Les rapports qu'entretiennent démocratie et droit administratif national sont encore, et sans doute nécessairement, des rapports complexes⁶⁹. La question se pose, avec plus de force encore, s'agissant des liens entre démocratie et droit administratif global.

Pourquoi, en effet, comme le soulève Sabino Cassese, les institutions globales devraient-elles s'adapter à la démocratie ? N'est-ce pas plutôt aux Etats eux-mêmes d'adapter leur démocratie aux organisations internationales ? L'inversion des rôles, portée par la question, semble avoir été particulièrement bien perçue par les secrétariats successifs de l'OMC (contrairement à la littérature sur la participation des ONGs au système commercial multilatéral où la justification démocratique est abondamment avancée⁷⁰). Selon les auteurs,

⁶⁸ Voir note 36.

⁶⁹ J.-B. Auby, *Droit administrative et démocratie*, Dr. Adm. 2006, étude n°3.

⁷⁰ On notera par ailleurs la présence de nombreuses autres justifications comme l'amélioration du processus normatif de l'OMC du fait de l'expertise des ONGs. « *A regularized channel of information that flows up from NGOs to the WTO also would be beneficial, especially insofar as it might strengthen the WTO's decision-making capacity* », Daniel C. ESTY, "Non-Governmental Organizations at the World Trade Organization : Cooperation, Competition or Exclusion", *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 133. Cette justification, comme nous le verrons, semble mieux remplie par l'acceptation par l'Organe d'appel du rôle d'*amicus curiae* des ONGs. Une autre justification est également apportée par certains concernant le rôle des ONGs dans le contrôle

la participation des personnes privées serait rendue nécessaire par le fait que le système commercial multilatéral est enclin à affecter des « biens publics internationaux ». Il est même parfois avancé que cette participation permettrait de combler le manque de légitimité des gouvernements nationaux qui participent aux négociations à l'OMC⁷¹. A travers cette littérature, on peut percevoir une transposition de la théorie étatique du pouvoir au sein des institutions à vocation globale, à travers sa déclinaison la plus extrême : le pouvoir exercé par l'OMC se doit d'être légitime en accordant aux personnes privées un droit de participation⁷². A l'inverse, la « doctrine officielle » de l'OMC correspond à une théorie du pouvoir de type réductionniste. Les gouvernements, négociant à l'OMC, sont les seuls à être habilités par les Accords de Marrakech à adopter des normes, par suite, l'OMC en fournissant un forum de négociation aux seuls Etats exerce un pouvoir légitime. L'équation avait d'ailleurs déjà été posée à l'heure du GATT par son Directeur général, Arthur Dunkel. Selon Dunkel, « *it is governments which negotiate in institutions like the WTO, and governments are accountable to their citizens* ». La même position fut défendue officiellement par le secrétariat général en 2001 : « *citizens are expected to be represented at the WTO through their governments* »⁷³. La présidence de Pascal Lamy n'indique pas de signe particulier de changement mais le discours, en revanche, change. Peut-être, le passage de Pascal Lamy à la direction du commerce extérieur de la Commission l'a-t-il fait mesurer que les négociations menées à l'OMC pouvaient s'éloigner des intérêts des citoyens nationaux censés être représentés par leurs gouvernements du fait de la construction communautaire⁷⁴. Il reste que le discours très cosmopolite de Pascal Lamy reste (pour le moment ?) purement incantatoire⁷⁵. A l'OMC, la

même de l'application par les gouvernements nationaux des disciplines imposées par l'OMC : « Non-governmental organizations also provide an additional oversight and audit mechanism », voir encore Daniel C. ESTY, *op. cit.*, p. 134. Cette justification ne nous semble pas plus convaincante pour les raisons que nous examinerons dans le dernier paragraphe.

⁷¹ « *The participation of NGOs in WTO debates also help to compensate for deficient representativeness at the national level. In many countries, weak democratic institutions and other public choices flaws mean that national government policies do not fairly and accurately represent the citizen's views* », voir Daniel C. ESTY, « Non-Governmental Organizations at the World Trade Organization : Cooperation, Competition or Exclusion », *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 132.

⁷² On rappellera que cette théorie fait jouer au couple légitimité/ légalité plusieurs types de relations. Selon certains, tout pouvoir, pour être juste, doit être à la fois légitime quant au titre et légal quant à l'exercice. Selon d'autres, un pouvoir peut être légitime sans être légal, ou bien légal sans être légitime. Enfin, selon la déclinaison réductionniste de la théorie du pouvoir, un pouvoir, par le seul fait d'être légal, est aussi légitime.

⁷³ Voir « a guide for officials, legislators, civil society and all those interested in international trade and global governance » at http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/wto_matters_e.pdf h. Ce rejet de l'ambition démocratique portée par l'ouverture des ONGs a quelque fois été repris par la doctrine. Ainsi, le Professeur Robert Hudec semble admettre, d'un point de vue réaliste, que : « *the World Trade Organisation is a member-driven organisations and the focus of its orders is the product of a process in which the governments agree to participate and ultimately control* », voir Robert E. HUDEC, Comment, Roger B. Porter, et al., eds, *Efficiency, Equity, Legitimacy : the Multilateral Trading System at the Millenium*, Brookings Institution Press, Washington DC, 2001, pp. 295-300.

⁷⁴ Concernant les Etats membres de l'Union, l'on sait que les négociations menées à l'OMC font intervenir la Commission européenne qui, elle-même, représente les Etats membres qui lui ont délivré un mandat de négociation voté au Conseil. Or, le vote de ce mandat de négociation peut avoir lieu à la majorité qualifiée (si les négociations ne concernent pas les secteurs exclus par l'article 133 du Traité CE) et, ainsi exclure certains citoyens nationaux de toute représentation. Lorsque l'unanimité est requise pour les négociations concernant le domaine de secteurs sensibles (culture, santé, politique sociale, éducation), les gouvernements nationaux ont la possibilité d'exprimer leurs consignes à la Commission. Mais là encore, celles-ci peuvent s'éloigner des préoccupations des citoyens. Dans ce dernier cas de figure cependant on ne saurait imputer le manque de légitimité démocratique à l'OMC mais plutôt aux gouvernements nationaux eux-mêmes. Dans les deux cas en revanche, il est possible d'imputer à la construction communautaire elle-même le fait que la politique commerciale extérieure ne requiert pas davantage le Parlement européen.

⁷⁵ Notons cependant l'inspiration kantienne des intentions affichées par Pascal Lamy lors du forum organisé en 2006 avec les ONGs méritent à cet égard d'être citées :

justification démocratique de la participation des personnes privées ne convainc pas les Etats, pas plus d'ailleurs que la revendication émise, toujours au titre de cette quête de légitimité démocratique, de créer une assemblée parlementaire au sein de l'OMC⁷⁶.

Le cas de l'Union européenne est, pour des raisons que l'on a déjà indiquées, sensiblement différent. La question de la légitimité démocratique est également un problème récurrent, mais qui a été en partie résolu par la mise en place d'instruments de démocratie représentative, au premier rang desquels l'accroissement du rôle du Parlement européen. S'agissant de la fonction administrative, la démocratie représentative ne paraît toutefois pas suffisante⁷⁷ : les actes d'exécution ne nécessitent, le plus souvent, pas l'intervention du Parlement⁷⁸ et il est donc difficile de rattacher l'acte administratif à la volonté des citoyens qu'est censé incarner l'organe de représentation. Par ailleurs, et en tout état de cause, le processus décisionnel communautaire apparaît comme obscur aux citoyens, lesquels ont pu sembler désireux que soient introduits des éléments de démocratie participative.

Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe répondait à cette aspiration en consacrant un titre entier à « la vie démocratique de l'Union », dans lequel on trouvait un article I-47 portant sur le principe de la démocratie participative. Le principe de la participation des personnes privées était posé sous divers aspects puisqu'était notamment prévue la possibilité, pour les citoyens européens, de demander à la Commission d'adopter un acte sur un sujet donné⁷⁹.

*« This year I call upon to join hands with WTO Members in reflecting the type of WTO that we would like to see in the XXIst Century. Should WTO look like the organization that we already know? If not, then what changes can we usually make? **The WTO is designed to serve your interests; it is to you that it must answer. I therefore urge you, as members of civil society, to come share your ideas with us at the WTO Public Forum 2006. The Multilateral trading system is yours, please help us in shaping it your way** ».* C'est nous qui soulignons.

⁷⁶ L'idée de créer une assemblée parlementaire au sein de l'OMC est venue de parlementaires européens à la suite de la conférence ministérielle de Seattle. La majorité des Etats membres de l'OMC était opposée à cette proposition. Par suite, il ne fut organisé qu'une réunion interparlementaire lors de la conférence ministérielle de Doha. Plus tard, en février 2003, le Parlement Européen et l'Union Interparlementaire (Organisation créée en 1889 et rassemblant plus de 140 parlements nationaux qui sont membres de l'Union) ont organisé une conférence parlementaire sur l'OMC où 500 parlementaires participèrent de plus de 75 parlements nationaux. La conférence a conduit à l'adoption d'une déclaration sur la nécessité de doter l'OMC d'une dimension parlementaire qui résulterait de conférences interparlementaires régulières à l'occasion des conférences ministérielles de l'OMC. Les membres du Congrès américain sont largement réticents à cette proposition préférant utiliser la procédure nationale de l'USTR (United States Trade Representative) créée par le Congrès lui-même.

⁷⁷ V. en ce sens, J.-B. Auby, *Droit administratif et démocratie*, préc.

⁷⁸ V. Cl. Blumann et L. Dubouis, « *Droit institutionnel de l'Union européenne* », Litec 2005, n°380.

⁷⁹ Plus précisément, l'article I.47 prévoit que :

1. Les institutions donnent, par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union.

2. Les institutions entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile.

3. En vue d'assurer la cohérence et la transparence des actions de l'Union, la Commission procède à de larges consultations des parties concernées.

4. Des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'États membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union

Toutefois, en l'état actuel du droit, et faute de ratification du Traité constitutionnel dans tous les Etats membres, les mécanismes participatifs demeurent ceux que l'on a vus dans la première partie de cette étude. Ils sont d'une portée juridique limitée d'abord parce qu'ils ne s'imposent dans leur principe que dans certaines hypothèses strictement déterminées, ensuite, et surtout, en ce qu'ils n'emportent pas d'effets quant à la substance même de la décision administrative. Quels que soient les avis exprimés, les institutions communautaires conservent un pouvoir souverain d'appréciation sur le contenu de la norme.

Pourquoi, alors, mettre en place de tels mécanismes ? Sans doute parce qu'ils permettent à l'autorité administrative d'élaborer une règle qui sera à la fois plus juste et plus efficace, parce que mieux acceptée par ses destinataires.

B. Participation et bonne décision administrative

Si, comme nous le verrons, la participation des personnes privées se justifie à l'OCDE davantage par la considération de la qualité de la norme négociée que par des considérations tenant à la légitimité de son pouvoir, la participation consentie par l'Organe d'appel aux personnes privées, par la voie des *amicus curiae*, peut se réclamer de la même justification. Pour le percevoir, il convient tout d'abord de revenir sur la nature de la décision imposée par l'ORD, laquelle adopte le rapport de l'Organe d'appel ou du Groupe spécial. Cette décision peut, en effet, être considérée comme une décision administrative visant à assister les Etats dans l'exécution interne des disciplines et règles imposées par l'OMC⁸⁰. Comme il le fut abondamment commenté, il est désormais possible pour les Groupes spéciaux et l'Organe d'appel d'utiliser des mémoires d'*amicus curiae* présentés par des personnes privées possédant un intérêt dans l'affaire⁸¹. Cette ouverture a soulevé nombre d'oppositions au sein de la communauté des Etats membres de l'OMC. La majorité y voyait une intrusion du politique dans le mécanisme de règlement des différends, sinon le risque de le miner par des considérations purement économiques portées par les acteurs privés⁸². La doctrine majoritaire, elle, y a vu un moyen de rattraper « le déficit démocratique » caractérisant l'adoption des règles de l'OMC. Il semble qu'entre ces deux réactions existe une autre analyse possible, qui n'est pas sans intérêt du point de vue du Droit administratif global et de la théorie de la règle avec laquelle on peut le rapprocher. On peut en effet défendre l'idée qu'en permettant aux personnes privées, opérateurs et ONGs, de déposer des mémoires en *amicus curiae* dans une affaire qui touche leurs intérêts, l'Organe d'appel introduit au sein du système de règlement des différends une version atténuée du modèle de l'*interest representation*. Les

est nécessaire aux fins de l'application de la Constitution. La loi européenne arrête les dispositions relatives aux procédures et conditions requises pour la présentation d'une telle initiative citoyenne, y compris le nombre minimum d'Etats membres dont les citoyens qui la présentent doivent provenir.

⁸⁰ Voir sur ce point l'étude de Carlo SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *Annuaire Français de Droit International*, 2000, pp. 70-81.

⁸¹ Voir les rapports de l'Organe d'appel, Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb, bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni, *WT/DS138/AB/R*, 10 mai 2000 et Communautés Européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant, *WT/DS135/AB/R*, 12 mars 2001, où l'Organe d'appel mit en place, en utilisant internet, un appel à contribution des ONGs.

⁸² Les Etats-Unis, pour leur part, se sont montrés les seuls à défendre l'appel à contribution de l'Organe d'appel aux ONGs dans l'affaire Amiante, voir les différentes réactions des Etats in S. CHARNOVTIZ, « WTO cosmopolitics », *New York University Journal of International Law and Politics*, winter 2002, p. 349.

personnes privées peuvent présenter leurs vues aux organes de règlement des différends quant à la teneur de la décision qu'ils s'apprêtent à prendre. Lesdits organes possèdent alors tous les éléments nécessaires avant de prendre leur décision (ayant une fonction administrative) nécessaire à la correcte exécution nationale des règles de l'OMC. Ce faisant, l'Organe d'appel se rallie à une théorie de la règle qui fait le pendant à une théorie du pouvoir légitime⁸³. Les rares décisions de l'Organe d'appel relatives aux *amicus curiae*, malgré leur laconisme, montrent en effet clairement que la prise en compte des mémoires en *amicus curiae* n'est pas justifiée par des considérations de légitimité démocratique mais plutôt de bonne administration⁸⁴. L'« *interest representation model* » reste cependant importé ici selon une version atténuée puisque l'acceptation des mémoires en *amicus curiae* par les organes de règlement des différends est loin d'être automatique.

De son côté, l'OCDE, loin des discours incantatoires sur la légitimité démocratique, justifie l'association des personnes privées d'une manière pleinement pragmatique. La crise de l'AMI lui a, en effet, permis de mesurer toute l'importance non seulement de la transparence du processus normatif mais également de l'adhésion de la société civile à ses projets normatifs. L'adhésion compte par ailleurs tant en amont qu'en aval de la régulation puisque l'OCDE associe de plus en plus les personnes privées à la mise en œuvre de ses normes. Par cette association, l'OCDE recherche alors non pas la démocratie mais plutôt la norme la plus efficace. La participation des personnes privées en amont de norme, *i.e.* au stade de sa négociation et de son adoption, outre que de renforcer la transparence du processus normatif global, s'accompagne alors d'une conception (post-moderne ?) de la norme selon laquelle son caractère obligatoire importe moins que l'adhésion des personnes qui lui sont assujetties.

L'Union Européenne, enfin, associe très certainement la participation publique à « la vie démocratique » de l'Union ou, tout au moins, au concept de « bonne gouvernance ». Il apparaît cependant que la recherche d'une plus large association des personnes privées aux mécanismes décisionnels repose aussi sur le constat de ce que la décision administrative sera d'autant mieux acceptée par ses destinataires qu'ils auront pu faire entendre leur voix lors de son élaboration. La multiplication des procédures de consultation informelles traduit cette recherche d'efficacité : la Commission perçoit ainsi les attentes des professionnels, auxquelles elle peut choisir de répondre ou de ne pas répondre tout en donnant aux personnes concernées

⁸³ On notera, en citant le remarquable article de Noberto Bobbio, que « *par rapport à la théorie du pouvoir, la légitimité et la légalité ont la même fonction que la justice et la validité ont par rapport à la théorie de la règle juridique : les termes sont interchangeables. Comme la justice est la légitimation de la règle, ainsi, au contraire, la validité est sa légalité ; comme la légitimation est la justice du pouvoir, la légalité est au contraire sa validité* », voir N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », in *Annales de philosophie politique, l'idée de légitimité*, Institut international de Philosophie politique, Paris, PUF, 1967, p. 51.

⁸⁴ Le refus de l'Organe d'appel de prendre en compte des mémoires d'*amicus curiae* de l'Institut américain du fer et de l'acier et de l'industrie nord-américaine des aciers spéciaux dans l'affaire de l'acier alors que les Etats-Unis s'exposaient à subir une confirmation ou une infirmation du rapport du Groupe spécial condamnant la conformité des droits compensateurs imposés par les Etats-Unis aux règles de l'accord sur les subventions semble justifié par des raisons purement techniques ; l'Organe d'appel ayant estimé ne pas avoir besoin de ces mémoires pour établir une décision à la fois valide et juste. Ainsi, l'Organe d'appel affirme avec laconisme dans cette affaire que : « *nous sommes d'avis que nous sommes habilités en droit, en vertu du Mémorandum d'accord, à accepter et à examiner des mémoires d'amicus curiae si nous jugeons qu'il est pertinent et utile de le faire dans le cadre d'une procédure d'appel. En l'espèce, nous n'avons pas jugé qu'il était nécessaire, pour rendre notre décision, de prendre en considération les deux mémoires d'amicus curiae qui ont été déposés* », voir Organe d'appel, Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni, *op.cit.*, §42.

l'impression qu'elles ont été entendues. La limite de ces procédures tient, toutefois, à ce qu'elles ne participent à la démocratisation, ou en tous les cas à la transparence, de la prise de décision administrative que strictement encadrées. Il s'agit, sinon, d'une lutte d'influences, de pouvoirs, auprès d'autorités administratives qui peuvent se montrer plus ou moins résistantes. En d'autres termes, seule la participation organisée permet à la fois d'assurer une certaine démocratisation et la recherche de la meilleure décision administrative possible.

En définitive, si, comme l'a démontré Habermas, la démocratie est « d'abord une affaire procédurale »⁸⁵, c'est à la condition que la procédure soit porteuse de contraintes et de règles. Sur ce point, la participation publique dans les trois institutions globales étudiées nécessite encore bien des adaptations pour parvenir à remplir des fins démocratiques. C'est tout particulièrement le cas pour l'OMC : les transformations nécessaires ne seront, cependant, pas adoptées sans mal tant le rejet profondément étatomorphiste de toute consultation sérieuse des personnes privées directement par l'Organisation semble ancré dans les positions des Etats membres. Il est néanmoins intéressant de constater comment l'Organe d'appel de l'OMC est parvenu à contourner ce rejet en passant par sa propre recherche de la bonne décision. La démocratisation de l'OMC semblerait ainsi plus aisée par la voie de la procédure (quasi-juridictionnelle) de l'ORD que par celle du « treaty making » et *a fortiori* de la constitutionnalisation. L'OCDE, pour sa part, fait entrevoir une autre correspondance. Alors qu'elle n'affiche aucune volonté de se démocratiser, sa recherche de la bonne décision et de l'adhésion de la société civile à sa mise en œuvre, mais surtout l'encadrement de plus en plus précis qu'elle propose pour mener à bien cette recherche, font qu'elle expérimente les mérites de la démocratie participative. L'observation n'est pas sans intérêt pour l'Union Européenne : en persévérant dans l'encadrement procédural de la consultation publique en amont de la prise de décisions, l'Union pourrait bien être amenée à consacrer la démocratie participative, sans même qu'on ait eu à le lui prescrire constitutionnellement.

⁸⁵ Selon la formule de J.-B. Auby, *Droit administratif et démocratie*, préc.